

**GRENSEN MELLOM
STRAFFRIE FACILITATION PAYMENTS
OG KORRUPSJON**

Kandidatnummer: 576

Leveringsfrist: 27.04.2009

Til sammen 17 624 ord

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	4
1.1	Tema og aktualitet	4
1.2	Problemstilling og avgrensning	5
1.3	Rettskilder og metode	7
1.4	Begrepsbruk	13
1.4.1	Korrupsjon	13
1.4.2	Bestikkelse	13
1.4.3	Facilitation payments	14
1.5	Oversikt over den videre fremstilling	16
2	<u>DEN RETTSLIGE REGULERINGEN AV FACILITATION PAYMENTS</u>	18
2.1	Nærmere om rettskildebildet	18
2.2	Utilbørighetsvilkåret som rettslig standard	20
2.3	Utilbørighetsvilkåret og forholdet til den alminnelige rettstridsreservasjonen	21
2.4	Oppsummering	23
3	<u>NÅR VIL FACILITATION PAYMENTS VÆRE STRAFFRIE?</u>	24
3.1	Innledning	24
3.2	Generelle tolkningsmomenter ved utilbørighetsvurderingen etter § 276a	24
3.2.1	Problemstilling	24
3.2.2	Relevante tolkningsmomenter	25
3.2.3	Oppsummering	31

3.3	Særlige tolkningsmomenter ved utilbørighetsvurderingen av facilitation payments	32
3.3.1	Problemstilling	32
3.3.2	Lov og sedvane	32
3.3.3	Ytelsens verdi	35
3.3.4	Utpresning	38
3.3.5	Ytelser som betaleren har rettskrav på	40
3.3.6	Veiledning fra skatteloven § 6-22	42
3.3.7	Oppnå eller beholde forretninger	44
3.3.8	Øvrige momenter	47
3.4	Facilitation payments mellom private virksomheter	53
3.5	Facilitation payments ved bruk av agenter – medvirkningsansvar	54
3.6	Oppsummering	56
<u>4</u>	<u>KONKLUSJON: GRENSEN MELLOM STRAFFRIE FACILITATION PAYMENTS OG KORRUPSJON</u>	<u>58</u>
<u>5</u>	<u>RETTSPOLITISKE VURDERINGER</u>	<u>60</u>
5.1	Bør facilitation payments være straffrie?	60
5.2	Er internasjonale konvensjoner for uklare og uforpliktende?	63
5.3	Utilbørighetskriteriet: fleksibilitet eller forutberegnlighet?	64
5.4	Forhåndsuttalelser som mulig virkemiddel?	66
<u>6</u>	<u>REGISTER OG LITTERATURLISTE</u>	<u>67</u>
6.1	Register	67
6.1.1	Lover og forskrifter	67
6.1.2	Konvensjoner og konvensjonsforarbeider	68
6.1.3	For- og etterarbeider	69
6.1.4	Avgjørelser	69

6.2	Litteraturliste	70
6.2.1	Bøker	70
6.2.2	Artikler	72
6.2.3	Andre kilder	75

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Temaet for oppgaven er grensen mellom straffrie ”facilitation payments” og korrupsjon. Rettslig grunnlag er utilbørighetskriteriet i den alminnelige straffebestemmelsen om korrupsjon i straffeloven¹ § 276a.

Facilitation payments er små betalinger som gis for å få offentlige tjenestemenn til å gjøre jobben de er satt til.² Klassiske eksempler er at man må betale noen dollar for å slippe igjennom passkontrollen eller for å få fortollet varer. Krav eller forventninger om facilitation payments er utbredt i mange land der forretnings- og forvaltningskulturen er forskjellig fra den vi har i Norge. Selv om facilitation payments vil være straffbare dersom de forekommer i Norge, er det et spørsmål om slike betalinger under visse omstendigheter kan være straffrie dersom de forekommer i utlandet.

Tidligere ble slike facilitation payments vurdert som straffrie etter norsk rett.³ De siste årene har det imidlertid skjedd en endring av rettstilstanden i Norge når det gjelder hva som er å anse som straffbar korrupsjon. Som illustrasjon kan det vises til at frem til 1996 kunne norske bedrifter trekke fra utgifter til bestikklser på skatten.⁴ Slik er det ikke lenger; praksis som tidligere var allment akseptert er nå å anse som straffbar korrupsjon.

¹ Straffeloven av 22.mai 1902 nr. 10. § 276a-c ble vedtatt 4.juli 2003 og trådte i kraft fra samme tidspunkt.

² Jfr. NOU 2002:22 *En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon* side 30.

³ Jfr. tidligere straffelov § 128. Fremgår av NOU 2002:22 side 25, Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) *Om lov om endringer i straffeloven mv.* side 15, samt OECDs evalueringsrapport av Norge: Phase 1 side 3-4.

⁴ Dagjeldende skattelov av 18.august 1911 nr. 8 § 44, nå § 6-22 i skatteloven av 26.mars 1999 nr. 14. Det blir hevdet at skattemyndighetene på denne tiden også opererte med et såkalt ”Øst for Suez” prinsipp, som innebar at skattemyndighetene ga fradrag for bestikklser betalt i utlandet, på tross av at det ofte manglet tilstrekkelige bilag, jfr. Holvik, Jan E.: ”Bestikklser” (1997) side 9.

I 2003 ble de tidligere straffebestemmelsene om korrupsjon samlet i én bestemmelse, § 276a-c i straffeloven.⁵ Bestemmelsen omhandler simpel korrupsjon i § 276a, grov korrupsjon i § 276b og såkalt påvirkningshandel i § 276c. Den nye korrupsjonsbestemmelsen har gjort regelverket mer oversiktlig og enklere å anvende. Rettsstillingen for såkalte facilitation payments fremstår imidlertid fremdeles som uklar.

1.2 Problemstilling og avgrensning

Den overordnede problemstillingen for oppgaven er: grensen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon.

Denne hovedproblemstillingen er delt inn i tre underproblemstillinger:

1. En drøftelse av den rettslige reguleringen av “facilitation payments” og hvorvidt slike betalinger som hovedregel er straffbare eller fritatt for straff.
2. En *generell* drøftelse av hvilke momenter som er relevante for å vurdere hva som utgjør en “utilbørlig fordel”.⁶
3. En *spesiell* drøftelse av hvilke momenter som er relevante for å vurdere hvorvidt facilitation payments er utilbørlige og dermed regnes som korrupsjon.

Avslutningsvis vil jeg foreta en rettspolitisk vurdering av den rettslige reguleringen av facilitation payments.

⁵ De tidligere bestemmelsene om korrupsjon overfor offentlige tjenestemenn var hovedsakelig regulert i straffeloven §§ 112, 113 og 128. De to førstnevnte bestemmelsene gjaldt såkalt passiv korrupsjon (altså det å tilby en bestikkelse), mens den siste bestemmelsen gjaldt aktiv korrupsjon (rammer personen som tilbyr bestikkelsen). Korrupsjon i privat sektor ble regulert av utroskapsbestemmelsene i straffeloven §§ 275-276. I tillegg kom § 405b (passiv korrupsjon) og markedsføringsloven § 6, jfr. § 17 (aktiv korrupsjon) til anvendelse i næringsforhold.

⁶ Grensen mellom straffbar korrupsjon og straffrie handlinger trekkes gjennom et utilbørlighetskriterium, se § 276a. Mer om dette i kapittel 1.4.1, 2.2 og 2.3.

Formålet med oppgaven er å klargjøre grensen mellom korrupsjon og straffrie facilitation payments i straffeloven § 276a, og derved belyse hvilke utfordringer som er knyttet til den strafferettslige reguleringen av facilitation payments. Oppgaven vil kartlegge hvilke rettskildefaktorer som er *relevante*, hvilke *slutninger* som kan trekkes fra dem og hvilken *vekt* de blir tillagt når gjeldende rett skal klarlegges. Oppgaven er en kombinasjon av en rettsdogmatisk og en rettspolitisk oppgave.

For at en person skal kunne straffes for korrupsjon må gjerningsmannen oppfylle de fire straffbarhetsvilkårene: lovskravet, subjektiv skyld, tilregnelighet og fravær av straffrihetsgrunner. Oppgaven vil konsentreres rundt utilbørlighetsstandarden i lovskravet, og jeg vil følgelig ikke gå inn på de øvrige straffbarhetsvilkårene eller resten av gjerningsbeskrivelsen i § 276a. Dette innebærer at jeg verken vil drøfte skyldkravet⁷, strafferammer⁸, fordelsbegrepet⁹, ”*stilling, verv eller oppdrag*”¹⁰ eller tilknytningsvilkåret¹¹ annet enn der dette kan være med på å belyse utilbørlighetsnormen. Videre vil jeg heller ikke drøfte grensen mot grov korrupsjon i straffeloven § 276b og utilbørlighetsvilkåret i bestemmelsen om påvirkningshandel i § 276c.¹²

⁷ Skyldkravet ved overtredelse av § 276a er forsett, jfr. straffeloven § 40 første ledd.

⁸ Strafferammen for simpel korrupsjon etter § 276a er 3 år, mens for grov korrupsjon etter § 276b er strafferammen 10 år.

⁹ Alt den passive bestikker ser seg tjent med eller kan dra nytte av, er å anse som en *fordel* i lovens forstand. Fordelsbegrepet er vidt og det er ikke et krav at fordelen har selvstendig økonomisk verdi, jfr. Ot.prp. nr. 78 side 54.

¹⁰ Dette kravet har som følge at bestemmelsen avgrenser mot tilfeller der vedkommende gir eller mottar en utilbørlig fordel som *privatperson*.

¹¹ Tilknytningsvilkåret innebærer at det kreves en sammenheng mellom den utilbørlige fordelen og stillingen, vervet eller oppdraget, jfr. ordene ”*i anledning av*” i § 276a.

¹² For en generell innføring i korrupsjonsbestemmelsen § 276a-c se Stordrange, Bjørn: ”*Forbrytelser mot vårt økonomiske system. Utroskap, bestikkelser og investorbedrageri*” (2007) side 80-124 og Andenæs, Johs.: ”*Spesiell strafferett og formuesforbrytelser*”, samlet utgave v/ Kjell V. (2008) side 419-428.

1.3 Rettskilder og metode

Jeg vil i det følgende gi en redegjørelse for metode, samt innhold, relevans og vekt av de rettskilder som benyttes i oppgaven.

Problemstillingene i denne oppgaven vil i utgangspunktet bli løst ut fra alminnelig juridisk metode.¹³ Den norske korrupsjonsbestemmelsen er imidlertid i stor grad utformet på grunnlag av internasjonale konvensjoner. Norges internasjonale forpliktelser vil derfor være med på å belyse de norske reglene. Tolkning av konvensjoner avviker noe fra tradisjonell norsk metodelære. Blant annet vil ordlyden ha en mer sentral rolle. Dette følger blant annet av Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 nr.1 .¹⁴

Presumsjonsprinsippet medfører også at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. Dette betyr at man ved tolkningen av utilbørighetsvilkåret skal tolke norsk rett slik at det ikke oppstår motstrid mellom korrupsjonsbestemmelsene og de ratifiserte konvensjoner.¹⁵

Straffebestemmelsen om korrupsjon i § 276a-c kom som en følge av Norges ratifikasjon av OECD-konvensjonen mot bestikkelse av offentlige tjenestemenn i internasjonale forretningstransaksjoner av 21.november 1997 (heretter kalt "OECD-konvensjonen")¹⁶ og Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon av 4. november 1998 (heretter kalt "Europarådskonvensjonen").¹⁷ Norge har også ratifisert Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 27.januar 1999. Denne har imidlertid størst relevans for

¹³ For en grundigere innføring, se Eckhoff, Torstein: *"Rettskildelære"*(2001) side 19-38.

¹⁴ Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969.

¹⁵ Jfr. Graver, Hans Petter: *"Internasjonale konvensjoner som rettskilde"*, Lov og Rett (2003) side 468-489.

¹⁶ *Organisation for Economic Co-operation and Development Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*. Ratifisert av Norge 18.desember 1998.

¹⁷ *Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption*. Ratifisert av Norge 27.januar 1999.

spørsmålet om sivilrettslig erstatning for skade voldt ved korrupsjon¹⁸, og jeg vil derfor ikke omtale denne konvensjonen nærmere.¹⁹

OECD-konvensjonen omfatter *aktiv* korrupsjon overfor *utenlandske offentlige tjenestemenn*, jfr. konvensjonens artikkel 1. Konvensjonen kommer altså til anvendelse på den som bestikker en utenlandsk offentlig tjenestemann. Europarådskonvensjonen har et bredere anvendelsesområde, og dekker så vel *aktiv* som *passiv* korrupsjon²⁰, i *privat* og *offentlig* sektor, i *Norge* og *utenlands*. Som nevnt var lovendringen i 2003 motivert av å gjøre norsk rett i overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser. Konvensjonene må følgelig ha en sentral rolle i tolkningen av den nye korrupsjonsbestemmelsen.

Konvensjonenes forklarende merknader²¹ ble vedtatt på samme tidspunkt som konvensjonene og er også implementert²² i norsk rett. Disse må ha stilling som forarbeider. Den rettskildemessige verdien av konvensjonsforarbeider er tradisjonelt lavere enn for norske forarbeider.²³ Forarbeidene til OECD- og Europarådskonvensjonen står imidlertid i en særstilling da de til forskjell fra andre konvensjonsforarbeider er utarbeidet som et tolkingsinstrument i *felleskap mellom konvensjonslandene*. På bakgrunn av dette vil de forklarende merknadene til OECD- og Europarådskonvensjonen ha større vekt enn vanlige

¹⁸ Se skadeerstatningsloven av 13.juni 1969 nr. 26 § 1-6.

¹⁹ Norge har også ratifisert *United Nations Convention against Corruption*. (De forente nasjoners konvensjon om korrupsjon). Ratifisert av Norge 29.juni 2006. Konvensjonen omfatter en plikt for alle land til å utforme tverrsektorielle, nasjonale strategier for korrupsjonsbekjempelse. FN-konvensjonen behandler imidlertid ikke facilitation payments spesielt og den vil følgelig ha liten direkte betydning for de problemstillingene jeg tar opp i oppgaven.

²⁰ Begrepene blir forklart nærmere i punkt 1.4.

²¹ Europarådskonvensjonens "*Explanatory Report*" og OECD-konvensjonens "*Commentaries on the OECD Convention on Combating Bribery*".

²² Merk imidlertid usikkerheten rundt manglende implementering av punkt 9 til artikkel 1 i OECD konvensjonens forklarende merknader. Se mer om dette i kapittel 2.

²³ Se Wienkonvensjonen artikkel 32 der det fremgår at konvensjonsforarbeider er sekundær kilde. Se også Ruud, Morten og Ulstein, Geir: "*Innføring i folkerett*" (2006) side 93.

konvensjonsforarbeider, noe som vil ha særlig betydning for reguleringen av facilitation payments.

Ved tolkning av konvensjonene må man imidlertid være oppmerksom på at norsk rett på flere punkter går lenger enn det konvensjonene krever.²⁴ Dette tilsier at man ikke uten videre kan legge til grunn at de slutninger som kan trekkes fra konvensjonene og deres forarbeider gir uttrykk for gjeldende rett i Norge.

Det er de siste årene avsagt flere avgjørelser om korrupsjon. De fleste sakene har imidlertid vært relativt klare tilfeller av korrupsjon og utilbørighetskriteriet har følgelig ikke blitt inngående drøftet. Mange av avgjørelsene gir derfor begrenset veiledning til tolkning av hvilke momenter som er relevante i utilbørighetsvurderingen. Videre er de fleste av sakene avsagt på lavt nivå i domshierarkiet noe som tilsier at den rettskildemessige verdien av avgjørelsene er begrenset. Den første dommen som ble avsagt etter de nye korrupsjonsbestemmelsene var Oslo tingretts avgjørelse i saken om Ullevål sykehus.²⁵ Dommen gjaldt en tidligere eiendomssjef ved Ullevål sykehus som ble dømt til fengsel i 2 år og 3 måneder for korrupsjon. Domslutningen ble imidlertid opphevet for eiendomssjefens del på grunn av en av tingrettsdommernes inhabilitet og er således ikke rettskraftig.²⁶ Dette innebærer at avgjørelsen er uten nevneverdi vekt. Saken gir imidlertid en god illustrasjon på hvilke momenter som kan være relevante i utilbørighetsvurderinger, og jeg vil der dette er relevant bruke rettens uttalelser som for å eksemplifisere de ulike momentene.

Tilfeller av facilitation payments har ikke vært oppe til behandling i norske domstoler. Dette kan imidlertid ikke tolkes dit hen at facilitation payments sjelden forekommer. Oppdagelse og etterforskning av facilitation payments er vanskelig, spesielt siden handlingene foregår i utlandet. Dette er trolig noe av årsaken til manglende rettspraksis.

²⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 6.

²⁵ TOSLO-2005-134006.

²⁶ LB-2007-6315-2.

Ettersom rettspraksis gir begrenset med veiledning for tolkning av utilbørighetsnormen, tilsier dette at forarbeidene til den nye korrupsjonsbestemmelsen fremdeles vil ha en sentral rolle som rettskildefaktor. De viktigste forarbeidene er NOU 2002: 22 *En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon* (heretter omtalt som NOU 2002: 22) og Ot.prp. nr. 78 (2002- 2003) *Om lov om endringer i straffeloven mv. (Straffebud mot korrupsjon)* (heretter omtalt som Ot.prp. nr. 78).²⁷

Facilitation payments er ikke nevnt særskilt i korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 276a. I forarbeidene heter det at straffbarheten av facilitation payments beror på om fordelen som tilbys eller gis den utenlandske offentlige tjenestemannen er ”utilbørlig”, jfr. § 276a.²⁸

Facilitation payments nevnes ikke eksplisitt i OECD-konvensjonen, men omtales derimot i konvensjonens forklarende merknader punkt 9 til artikkel 1. Innholdet går i korthet ut på at OECD ikke anser det som hensiktsmessig å kriminalisere facilitation payments og man gis derfor en mulighet til å unnta facilitation payments fra konvensjonens anvendelsesområde. I tillegg gis det noen tolkningsmomenter for grensedragningen mellom straffrie facilitation payments og straffbar korrupsjon. Norge har ikke implementert punkt 9.²⁹ OECDs andre evalueringsrapport av Norge påpeker likevel at: ”*Special attention should be drawn to Commentary 9 to the Convention on small facilitation payments (...), when applying section 276a to cases of active bribery of foreign public officials*”.³⁰ Dette tilsier at på tross av Norges manglende implementering av punkt 9 så må punktet ha betydning for

²⁷ Det kan her nevnes at departementet i siste delproposisjon til ny straffelov spesielle del velger å videreføre korrupsjonsbestemmelsene i sin nåværende form, se Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28* kapittel 11.10. Proposisjonen tilfører intet nytt i tolkningen av utilbørighetsvilkåret.

²⁸ Ot.prp. nr. 78 side 36.

²⁹ Dette vil bli utdypet i kapittel 2.

³⁰ OECDs evalueringsrapport av Norge, phase 2 side 29.

tolkningen av straffeloven § 276a. Den rettskildemessige vekten av punkt 9 vil imidlertid være lavere enn de implementerte konvensjonsforarbeidene.

Jeg vil også gi enkelte henvisninger til OECDs evalueringsrapporter av Norge.

Rettskildemessig er verdien av disse rapportene begrenset, og de må trolig ha stilling som rettsoppfatninger eller som en form for etterarbeider. Det er imidlertid på det rene at lovendringen i 2003 i stor grad var motivert av merknader i OECDs første evalueringsrapport. Rapporten kommenterte blant annet at Norge ikke oppfylte kravene i OECD-konvensjonen artikkel 3.³¹ Den nye korrupsjonsbestemmelsen ble derfor vedtatt for å gjøre norsk rett i overensstemmelse med OECD-konvensjonen på dette punkt. Dette viser at rapportene kan ha stor *faktisk* verdi.

Verken Europarådskonvensjonen eller dens forklarende merknader omtaler facilitation payments spesielt. Etter Europarådskonvensjonen artikkel 5 er det straffbart å gi bestikkelser til utenlandske offentlige tjenestemenn. Dersom et medlemsland ønsker å gjøre det til et vilkår for straff at gjerningsmannen har forsøkt å påvirke tjenestemannen til å handle eller unnlate å handle på en rettstridig måte, forutsettes det imidlertid at man avgir en særskilt erklæring om dette, jfr. artikkel 36 i konvensjonen.³² Norge har ikke gjort dette.

³³

Rettskildegrunnlaget for vurdering av facilitation payments er svært begrenset. På bakgrunn av dette må det i større grad kunne forsvares å trekke inn andre lands teori og praksis for å øke forståelsen av norsk rett. Generelt vil utenlandsk rett ha begrenset vekt

³¹ OECDs evalueringsrapport av Norge, phase 1 side 6 flg. Kritikken gikk blant annet ut på at Norge hadde for lave strafferammer og for kort foreldelsesfrist i forhold til den tidligere bestemmelsen om aktiv korrupsjon mot offentlige tjenestemenn i straffeloven § 128.

³² Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 36.

³³ Ettersom det ikke er nedlagt en slik erklæring kan det diskuteres om dette i seg selv tilsier at Norge har forpliktet seg til å gjøre samtlige former for bestikkelser straffbare, inklusive facilitation payments (ettersom facilitation payments også innbefatter betaling for tjenestemannens rettmessige handlinger). Dette er en interessant problemstilling, men oppgavens omfang tillater ikke at jeg drøfter dette nærmere.

innenfor strafferetten, noe som blant annet skyldes de begrensninger det strafferettslige legalitetsprinsipp setter.³⁴ Thrap-Meyer fremhever imidlertid i sin doktoravhandling om korrupsjon at *"korrupsjonsproblematikkens internasjonale og transnasjonale karakter kan tilsi at det i større grad tas hensyn til hvilke løsninger som er valgt i nærstående land"*.³⁵ Synspunktet må kunne tillegges enda større vekt i dag, ettersom de nye korrupsjonsbestemmelsene bygger på flere internasjonale konvensjoner. Det faktum at facilitation payments skjer utenfor Norge grenser må også kunne tillegges vekt. Hensynet til rettsenhet og like konkurransevilkår blant medlemslandene vil dessuten stå mer sentralt ved vurderingen av facilitation payments, sammenlignet med handlinger som skjer innenfor Norges jurisdiksjonsområde. Utenlandsk teori og praksis har generelt sett liten rettskildemessig vekt. Utenlandske kilder vil imidlertid kunne skaffe *støtteargumenter* til momenter hentet fra mer autoritative kilder, og kunne anvendes som *sammenligningsgrunnlag* for å kartlegge hvilke tolkningsalternativer som er mulige. Utilbørighetskriteriet beror dessuten på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Dette tilsier at det i større grad kan trekkes inn utenlandske kilder i vurderinger basert på reelle hensyn og alminnelige rettsoppfatninger. Hvorvidt et moment er vektlagt i utenlandsk praksis kan for eksempel gi en indikasjon på typetilfellets straffverdighet.

USA har vært toneangivende i utviklingen av internasjonal korrupsjonslovgivning. Den amerikanske korrupsjonslovgivningen, Foreign Corrupt Practices Act 1977 (FCPA), blir regnet som en viktig forløper for OECD-konvensjonen. Følgelig vil jeg gjøre en del henvisninger til amerikansk rett.

³⁴ Det følger av Grunnloven § 96 at straff bare kan ilegges med hjemmel i "lov".

³⁵ Jfr. Thrap-Meyer, Robin: *"Om straffelovens §§ 112 og 113. En studie av korrupsjon som strafferettslig problem"*, (1999) side 42.

1.4 Begrepsbruk

1.4.1 Korrupsjon

I straffeloven § 276a omtales korrupsjon som det å gi/tilby eller kreve/motta/akseptere en utilbørlig fordel i anledning stilling, verv eller oppdrag. Bestemmelsen omhandler *passiv korrupsjon*, der gjerningspersonen er den som mottar fordelene, i første ledd bokstav a, og *aktiv korrupsjon*, der gjerningsmannen er den som gir fordelene, i første ledd bokstav b.

Det er begrepet ”utilbørlig fordel” som angir grensen for straffbar korrupsjon.³⁶

Slik jeg bruker begrepet er korrupsjon per definisjon straffbart.

Selv om korrupsjonsbegrepet er tydeligere definert i den nye bestemmelsen i § 276 a enn etter de gamle korrupsjonsbestemmelsene, så er det fremdeles ”ingen klar definisjon i straffebudet av begrepet korrupsjon”.³⁷ Det er imidlertid på det rene at Straffelovrådet i sin utredning la til grunn et ”vidtgående korrupsjonsbegrep”, basert på definisjonen av korrupsjon slik den fremkommer av Europarådskonvensjonen artiklene 2-11.³⁸

1.4.2 Bestikkelse

Begrepene korrupsjon og bestikkelse blir ofte brukt om hverandre.³⁹ Jeg bruker imidlertid begrepet bestikkelse kun som en henvisning til den korrupte handling. Korrupsjon forstår jeg som et videre begrep, som ikke utelukkende sikter til korrupsjonshandlingen, men mer til fenomenet som helhet.

³⁶ Begrepet er hentet og oversatt fra det engelske begrepet ”undue” i Europarådskonvensjonens artikkel 2 og 3.

³⁷ Jfr. rettens uttalelse i Ullevål sykehus dommen, TOSLO-2005-134006.

³⁸ Jfr. NOU 2002:22 side 38.

³⁹ Se for eksempel Stordrange (2006) side 82.

1.4.3 Facilitation payments

Forarbeidene⁴⁰ gir ingen definisjon av facilitation payments, men omtaler fenomenet som ”små betalinger som er nødvendige for å få offentlige tjenestemenn⁴¹ til å gjøre jobben sin”. Heller ikke OECD-konvensjonen eller Europarådskonvensjonen mot bestikkelser og korrupsjon (som straffeloven § 276a-c bygger på) og de respektive konvensjonsforarbeider, definerer tydelig begrepet facilitation payments. OECD-konvensjonens forarbeider⁴² nevner imidlertid at slike betalinger i enkelte land, ”are made to induce public officials to perform their functions, such as issuing licenses or permits”, men begrepet blir ikke presisert nærmere.

En definisjon som det ofte blir vist til er imidlertid definisjonen i den amerikanske korrupsjonsloven, Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) av 1977. Her defineres ”facilitation” eller ”expediting payment” som betaling gjort for å *”expedite or to secure the performance of a routine government action by a foreign official, political party or party official”*.⁴³

I internasjonal juridisk teori er facilitation payments som begrep knyttet opp mot følgende kjennetegn:⁴⁴

1. Personen som betaler gjør ikke dette for å slutføre en forretnings avtale, kontrakt eller kommersiell transaksjon, men kun for å få hjelp til å løse et problem, få i gang eller få fortgang i en administrativ prosess, sikre en tillatelse eller lisens (som for

⁴⁰ Jfr. NOU 2002:22 side 30.

⁴¹ Forarbeidene nevner facilitation payments kun i tilknytning til utenlandske offentlige tjenestemenn, men slike betalinger forekommer også mellom private virksomheter. Jeg gir en særskilt drøftelse av dette i kapittel 3.4.

⁴² De forklarende merknadene til artikkel 1 punkt 9.

⁴³ Jfr. FCPA 15 U.S.C. §§ 78dd-1(B); 78dd-2(B); and 78dd-3(B).

⁴⁴ Jfr. Argandona, Antonio: ”Corruption and Companies: The Use of Facilitation Payments”, Journal of Business Ethics (2005) 60:251-264 side 253 flg.

eksempel pass eller førerkort), samt forebygge, unngå eller redusere problemene forbundet med disse prosessene.

2. Personen som betaler har rett på det han eller hun spør om.⁴⁵ Dette innebærer at facilitation payments normalt ikke omfatter personen som forsøker å betale politimannen for å unngå å bli bøtelagt for en faktisk fartsovertredelse.
3. Personen som mottar betalingen, normalt en offentlig tjenestemann eller person på lavt nivå i organisasjonen, har liten makt til å foreta beslutninger, men kan likevel kontrollere prosessen gjennom mislighold av sine plikter, inkompetanse eller en direkte eller indirekte forventning om betaling.
4. Den offentlige tjenestemannen er ikke berettiget til betalingen.
5. Størrelsen på betalingen er liten, men kostnadene (både økonomisk og på andre måter) dersom problemet ikke blir løst kan være høye.
6. Fenomenet er omfattende innenfor spesielle bransjer eller enkelte land.
7. Det er forbudt og kriminalisert i en rekke land, selv om mulighetene til å sanksjonere mot slike betalinger varierer.
8. Betalingene har en tendens til å bli gjort i hemmelighet.

Listen er ikke uttømmende og må først og fremst ses på som et utgangspunkt for hvilke momenter som ofte særpreger facilitation payments.

Begrepet ”facilitation payments” omtales også som “speed money”, “grease payments”, “oiling the wheels” eller ”petit corruption”. På norsk blir slike betalinger også omtalt som ”smøring”, ”fasiliteringspenger”⁴⁶ eller ”tilretteleggelsespenger”.⁴⁷ Facilitation payments er imidlertid det begrepet som er mest innarbeidet, og også det begrep som brukes i de mest sentrale forarbeidene. Jeg har derfor valgt å ta utgangspunkt i begrepet facilitation

⁴⁵ Et moment som også de norske forarbeidene legger betydelig vekt på, se Ot.prp. nr. 78 side 36.

⁴⁶ Jfr. Søreide, Tina: ”Markedsmakt og korrupsjon - utfordringer ved etablering i Russland”, tilgjengelig på; <http://www.bergen-chamber.no/uploads/Tina%20Soreide.pdf> (sist besøkt 16.03.2009)

⁴⁷ Se for eksempel stortingsmelding (St.meld.) nr. 10 (2008–2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi* side 32 som bruker begrepet ”tilretteleggelsespenger”.

payments i det følgende. Jeg velger å bruke begrepet både om straffrie og straffbare facilitation payments.⁴⁸

Enkelte ganger vil jeg benytte ordet ”betaling” av hensyn til språklig variasjon. Med ”betaling” sikter jeg ikke utelukkende til penger eller fordeler med økonomisk verdi⁴⁹, men også til andre fordeler som mottakeren kan se seg tjent med eller ha nytte av. Den overveiende del av facilitation payments skjer likevel ved bruk av kontanter.

1.5 Oversikt over den videre fremstilling

Oppgaven er som nevnt delt inn i tre problemstillinger som også former strukturen i oppgaven. I kapittel 2 vil jeg gi en generell drøftelse av den rettslige reguleringen av facilitation payments og hvorvidt slike betalinger som utgangspunkt er straffbare eller fritatt for straff etter norsk rett.

Kapittel 3 er delt inn i én generell og én spesiell del. Jeg vil først gi en *generell* drøftelse av hvilke momenter som er relevante ved utilbørighetsvurderingen av bestiktelser i sin alminnelighet. Denne drøftelsen har ikke til hensikt å gi en dyptgående gjennomgang, og fremstillingen vil følgelig bli noe skjematisk, med unntak av momentet vedrørende lokal kultur som vil bli utdypet noe mer. Jeg vil deretter gi en *spesiell* drøftelse av hvilke tolkningsmomenter som er relevante ved vurderingen av om typetilfellet facilitation payments er straffrie. Dette vil være oppgavens tyngdepunkt. Noen av momentene som gjennomgås her vil allerede være nevnt under den generelle drøftelsen av utilbørighetskriteriet, men forskjellen er at de her vil bli subsumert på det konkrete tilfellet ”facilitation payments”.

⁴⁸ Eller mer presist, både om tilbørlige og utilbørlige facilitation payments. Enkelte forfattere ser imidlertid ut til å bruke begrepet *enten* om straffrie eller straffbare facilitation payments. Forskjellen i begrepsbruk innebærer en risiko for misforståelser som det er grunn til å være oppmerksom på.

⁴⁹ At fordelen ikke trenger å ha økonomisk verdi følger av Ot.prp. nr. 78 side 54.

Disse tre drøftelsene vil danne grunnlaget for konklusjonen på oppgavens overordnede problemstilling: grensen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon. Dette vil bli behandlet i kapittel 4.

Avslutningsvis vil jeg i kapittel 5 foreta en *de lege ferenda* vurdering der jeg vil behandle pro- og contra argumenter for hvorvidt man bør tillate bruk av facilitation payments, samt gi noen kommentarer til den rettslige reguleringen av facilitation payments. Jeg vil også komme med noen konkrete forslag til hva norske myndigheter kan gjøre for å avhjelpe usikkerheten rundt hvor grensen går for straffrie facilitation payments.

2 Den rettslige reguleringen av facilitation payments

2.1 Nærmere om rettskildebildet

Formålet med dette kapittelet er å gi en oversikt over den rettslige reguleringen av facilitation payments, med særlig vekt på å drøfte hvorvidt facilitation payments som utgangspunkt skal anses som straffbart eller straffritt.

Aktiv korrupsjon overfor offentlige tjenestemenn ble tidligere regulert av straffeloven § 128. Den tidligere bestemmelsen ble tolket dit hen at facilitation payments som utgangspunkt *ikke* ble ansett som straffbart.⁵⁰

Det heter imidlertid i forarbeidene til § 276a at facilitation payments vil kunne rammes av den nye korrupsjonsbestemmelsen, ”*men bare dersom fordelene som tilbys eller gis den utenlandske tjenestemannen, er utilbørlig. En del slike betalinger kan ikke karakteriseres som utilbørlige*”.⁵¹ På lik linje med ”vanlige” bestikkelser⁵² er det utilbørlighetskriteriet som avgjør straffriheten av betalingen.

Verken lovteksten eller forarbeidene til § 276a oppstiller imidlertid en *klar* hovedregel for om facilitation payments er straffrie eller straffbare i norsk rett. Ettersom den norske korrupsjonsbestemmelsen bygger på OECD-konvensjonen, er det nærliggende å gå til denne for nærmere veiledning. Det følger av OECD-konvensjonens forarbeider punkt 9 at:

⁵⁰ Fremgår av OECDs evalueringsrapport av Norge: Phase 1 side 3-4 og i noen grad også av NOU 2002:22 side 30.

⁵¹ Ot.prp. nr. 78 side 56.

⁵² Se punkt 1.4.1.

*“Small ‘facilitation’ payments do not constitute payments made ‘to obtain or retain business or other improper advantage’ within the meaning of paragraph 1 and, accordingly, are also not an offence.”*⁵³

Dette tilsier at OECD-konvensjonen ikke oppstiller et krav om å straffesanksjonere facilitation payments, noe som også er i tråd med departementets forståelse.⁵⁴ Det er nærmere presisert i juridisk litteratur⁵⁵ at punkt 9 gir landene som ratifiserer OECD-konvensjonen en *reservasjonsmulighet* til å holde facilitation payments utenfor konvensjonens anvendelsesområde.

Spørsmålet blir om Norge har implementert punkt 9 i konvensjonen og dermed kan unnta facilitation payments fra kriminalisering. En språklig fortolkning av proposisjonen, og særlig det faktum at departementet velger å sitere og fremheve punkt 9 i proposisjonen⁵⁶, kan tyde på at Norge har valgt å benytte seg av denne reservasjonsmuligheten. Andre rettskildefaktorer gir imidlertid holdepunkter for motsatt konklusjon. Det heter for eksempel i OECDs andre evalueringsrapport av Norge⁵⁷ at *“facilitation payments are prohibited under Norwegian law”*. Dette tyder på at facilitation payments *er* omfattet av OECD-konvensjonens anvendelsesområde og at Norge *ikke* har implementert unntaket i punkt 9. Denne slutningen bekreftes i internasjonal juridisk teori.⁵⁸ En foreløpig konklusjon er dermed at Norge *ikke* har implementert unntaksmuligheten i konvensjonsforarbeidene punkt 9.

⁵³ De forklarende merknadene til OECD-konvensjonens artikkel 1.

⁵⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 36.

⁵⁵ Pieth, Mark: *“The OECD convention on bribery: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997”*, (2007) side 137 flg.

⁵⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 36.

⁵⁷ OECDs evalueringsrapport av Norge phase 2 side 28-29.

⁵⁸ Pieth (2007) side 145.

Det følger av OECD-konvensjonen artikkel 1 at alle former for bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn som utgangspunkt er forbudt. Ettersom facilitation payments er omfattet av OECD-konvensjons anvendelsesområde tilsier dette at facilitation payments som utgangspunkt er straffbare. Denne slutningen harmonerer også med formuleringene i en nylig fremlagt stortingsmelding om *næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi* det det heter: “Også såkalte tilretteleggingspenger, «facilitation payments», det vil si å betale for å få utført en tjeneste man har krav på uten ekstra betaling, **er å anse som korrupsjon**” [min utheving].⁵⁹

På bakgrunn av dette kan det dermed slutes at Norge ikke har unntatt facilitation payments fra OECD-konvensjonens anvendelsesområde og at facilitation payments dermed som utgangspunktet er kriminalisert og anses som straffbar korrupsjon.

2.2 Utilbørighetsvilkåret som rettslig standard

Som nevnt beror straffbarheten av facilitation payments på om fordelene er utilbørlig eller ikke, jfr. § 276a. En språklig fortolkning av ordet ”utilbørlig” gir liten veiledning i hvordan begrepet skal forstås. Utilbørlig kan forstås som ulovlig⁶⁰, og i mange tilfeller vil det som er ulovlig også utgjøre en utilbørlig fordel etter § 276a. Men at fordelene er ulovlig er ikke alltid verken tilstrekkelig eller nødvendig.⁶¹ Det heter i forarbeidene at ”utilbørlig” er en *rettslig standard* som angir grensen mellom straffrie og straffbare forhold.⁶² Dette er presisert på følgende måte:

“[Utilbørighets]vurderingen skal bero på oppfatningen i samfunnet i lys av de reelle hensyn og grunnleggende verdier som ligger bak bestemmelsen. Utilbørighetsstandarden

⁵⁹ St.meld. nr. 10 (2008-2009) *Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi* side 32.

⁶⁰ Eskeland, Ståle: “Strafferett” (2006) side 138-139.

⁶¹ Dette vil jeg vise i drøftelsen i kapittel 3.

⁶² Jfr. NOU 2002:22 side 50.

vil derfor ikke ligge fast, men utvikles på bakgrunn av det rådende moralsynet i samfunnet til enhver tid”.⁶³

Fordelen med å anvende en rettslig standard i gjerningsbeskrivelsen er at bestemmelsen blir dynamisk og kan endre seg i takt med samfunnsutviklingen. Ulempen er at bestemmelsen kan bli for generell, og dermed gjøre det vanskelig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. Dette gjelder spesielt før innholdet i standarden er blitt nærmere fastlagt i rettspraksis. Denne innvendingen var oppe under høringsrunden for vurdering av den nye straffebestemmelsen om korrupsjon. Hordaland statsadvokatembeter fremholdt blant annet at lovteksten var for vid og *“problematiske i forhold til lovskravet”*.⁶⁴ Til tross for kritikken valgte man å beholde utilbørighetskriteriet som avgrensningskriterium for grensen mellom straffbare og straffrie fordeler. Departementet understreket i denne forbindelse at:

“(…) under norske forhold har verken den som foretar en ”bestikkelse” eller den som mottar den, noen rimelig grunn til å balansere på kanten av en straffebestemmelse om korrupsjon.”

2.3 Utilbørighetsvilkåret og forholdet til den alminnelige rettstridsreservasjonen

Ordet utilbørlig blir ofte brukt som en henvisning til rettstridsreservasjonen.⁶⁵ Det kan derfor stilles spørsmål ved om begrepet “utilbørlig” må tolkes som et koblingsord til den alminnelige rettstridsreservasjonen.

Det følger av proposisjonen at *“det må foreligge et **klart klanderverdig forhold** for at bestemmelsen skal komme til anvendelse”* [min utheving].⁶⁶ Dette viser forarbeidenes understrekning av behovet for å begrense korrupsjonsbestemmelsens anvendelsesområde.

⁶³ Ot.prp. nr. 78 side 34.

⁶⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 29.

⁶⁵ Jfr. Andenæs, Johs.: *“Alminnelig strafferett”* (2004) side 154 flg.

Oppfatningen i juridisk teori, og senere gjengitt i forarbeidene, er videre at man kunne innfortolke en rettsstridsreservasjon i den dagjeldende § 112 i straffeloven (en av de tidligere korrupsjonsbestemmelsene).⁶⁷ Disse forhold tilsier at det kan innfortolkes en rettstridsreservasjon i § 276a.⁶⁸

Kravet om rettsstrid innebærer at straffeloven § 276a må leses med forbehold for unntakssituasjoner som det ikke kan ha vært meningen å ramme med straff.⁶⁹ Avveiningen vil bero på hvilke interesser § 276a er satt til å verne, og de interesser som gjerningspersonens handling ivaretar. Et sentralt moment vil være å finne frem til lovgivers vilje.⁷⁰ Handlingens straffverdighet og hensynet til prevensjon vil spille en viktig rolle, mens også andre hensyn som konsekvensbetraktninger, forutberegnelighet og likhetshensyn vil være vektige momenter å ta i betraktning.

I praksis vil derfor utilbørighetsstandarden kunne gi de samme resultater som om det hadde blitt operert med en særskilt unntaksregel. Til tross for at Norge har latt være å benytte seg av unntaksmuligheten i forarbeidene til OECD-konvensjonen punkt 9, så er realiteten at det opereres med et unntak for visse typer facilitation payments likevel. Dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 3.3.

⁶⁶ Ot.prp. nr. 78 side 35. Uttalelsen er senere gjengitt i blant annet LA-2007-149713 (Agner Energi) og TOSLO-2005-134006 (Ullevål sykehus). Straffelovrådet bruker til sammenligning formuleringen ”***ganske** klart klanderverdig forhold*” [min utheving], se NOU 2002:22 side 38. Ettersom ordet ”ganske” er fjernet i proposisjonen tilsier dette at Straffelovrådet la til grunn en noe *lavere* utilbørighetsterskel enn det departementet gjorde.

⁶⁷ Jfr. NOU 2002:22 side 26 og Thrap-Meyer (1999) side 423.

⁶⁸ Til sammenligning kan det vises til at det også i svensk korrupsjonslovgivning oppstilles det et utilbørighetsvilkår, jfr. Brottsbalken 20 kap. 2 §. Se Cars, Thorsten: ”*Mutbrot, bestickning och korruptiv marknadsföring*” (1996) side 51.

⁶⁹ Jfr. Rt. 1979 s. 1492 side 1499 (Listesaken).

⁷⁰ Fremstillingen vil ikke gjennomgå rettsstridslæren i sin alminnelighet, men isteden konsentreres rundt hvilke momenter som kan være relevante i rettsstridsvurderingen, se kapittel 3.

2.4 Oppsummering

Jeg tolker den nylig fremlagte stortingsmeldingen og OECDs siste evalueringsrapport dit hen at de slår fast at facilitation payments som utgangspunkt er *straffbare* etter norsk rett, mens forarbeidene understreker at slike betalinger i visse situasjoner likevel kan være *straffrie*. Dette er i så fall ingen motstrid, da en forutsetning for at facilitation payments er straffbare er at man står overfor en *utilbørlig fordel*.

Dette tilsier at **hovedregelen i norsk rett er at facilitation payments er å anse som straffbar korrupsjon**. Men det finnes unntak fra denne hovedregelen som innebærer at facilitation payments ikke alltid vil gi grunnlag for straff. Utilbørlighetsvilkåret medfører at under visse omstendigheter kan facilitation payments være tilbørlige og således straffrie.

3 Når vil facilitation payments være straffrie?

3.1 Innledning

Med utgangspunkt i konklusjonen i forrige kapittel vil facilitation payments i visse situasjoner være tilbørlige og således straffrie etter norsk rett. Som nevnt tidligere reguleres straffbarheten av facilitation payments av et utilbørighetskriterium. Problemstillingen i det følgende er hvilke momenter som er *relevante* i denne vurderingen og hvilken *vekt* de ulike momentene har. Jeg vil først gi en generell drøftelse av utilbørighetsvurderingen ved fordeler i sin alminnelighet, før jeg foretar en spesiell drøftelse av facilitation payments.

3.2 Generelle tolkningsmomenter ved utilbørighetsvurderingen etter § 276a

3.2.1 Problemstilling

Problemstillingen er hvilke momenter som er relevante i utilbørighetsvurderingen i straffeloven § 276a.

Begrunnelsen for også å gi en kort drøftelse av utilbørighetskriteriet i sin alminnelighet er todelt: For det første vil en slik fremstilling vise hva som er å anses som *korruptjon*, og derfor være relevant i forhold til hovedproblemstillingen om *grensen mellom straffrie facilitation payments og korruptjon*. For det andre vil hvilke momenter som er relevante for vurderingen av utilbørighetskriteriet ved "vanlige bestikkelser" også kunne kaste lys over utilbørighetsvurderingen av typetilfellet facilitation payments.

3.2.2 Relevante tolkningsmomenter

Det følger av forarbeidene at drøftelsen av utilbørighetskriteriet beror på en ”totalvurdering av situasjonen hvor en rekke momenter vil spille inn”.⁷¹ Momentene som gjennomgås i det følgende kommer som utgangspunkt (dersom ikke annet er angitt) til anvendelse både i utilbørighetsvurderingen ved *passiv* og *aktiv* korrupsjon.

Dersom fordelens art har en *økonomisk verdi* vil det være naturlig å ta utgangspunkt i denne.⁷² Ofte vil man kunne legge til grunn at jo høyere verdi, desto mer sannsynlig er det at fordelens art er utilbørlig. Bagatellmessige gaver som blomsterbuketter og kalendere vil derfor normalt være tilbørlige.⁷³

Fordelens *art* kan også tilsi at den ikke er utilbørlig. Dette kan for eksempel være tilfelle for reklamemateriell og prototyper. I slike tilfeller vil fordelens art normalt kunne ha en noe høyere verdi før den anses som utilbørlig.

Man skal imidlertid være varsom med å legge avgjørende vekt på fordelens art og økonomiske verdi som moment i utilbørighetsvurderingen. Det er ikke slik at en pakke konfekt *alltid* vil være tilbørlig og en middag på Bagatelle *alltid* vil være utilbørlig. Fordelen må vurderes ut fra konteksten; konfektesken som gis til dommeren fra en av partene dagen før domsavsigelse vil kunne være utilbørlig, mens middagen på Bagatelle som gis som takk for avslutningen på et langvarig og vellykket byggeprosjekt vil kunne være tilbørlig.

Ullevål sykehussaken⁷⁴ gjaldt spørsmål om straff på grunn av to reiser som eiendomssjefen ved sykehuset hadde fått fra to leverandører. Den ene reisen var en jakttur til Kiruna med en verdi på 9 500 kroner og den andre en golfturne til Malaga til en verdi av 11 500 kroner.

⁷¹ NOU 2002: 22 side 31.

⁷² Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 35.

⁷³ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 55.

⁷⁴ TOSLO-2005-134006.

Her uttalte retten at verdien på reisene ville blitt høyere for en privatperson som måtte ha betalt reisen av netto inntekt. Videre la retten vekt på at både jakt og golf var eiendomssjefens store fritidsinteresser, og at reisene var tilpasset hans personlige ønsker. Den reelle verdien av gavene var derfor større enn verdien som fremgikk av tiltalen. Avgjørelsen viser at flere forhold kan spille inn i vurderingen av fordelens økonomiske verdi.

Det heter videre i proposisjonen at det ved utilbørighetsvurderingen må tas hensyn til hvilken *stilling eller posisjon* giver og mottaker har.⁷⁵ Ansatte i serviceyrker vil for eksempel ofte kunne motta relativt verdifulle gaver fra kunder, uten at dette kan sies å være utilbørlig. Personer som innehar stillinger forbundet med høy tillit og vid myndighet vil på den annen side måtte bedømmes etter en strengere norm. Dommere og personer i domstolslignende stillinger vil typisk måtte være svært forsiktige med hvilke fordeler de velger å ta imot. I den såkalte Agder Energi-saken, la lagmannsretten vekt på at “[Agder] Energi hadde engasjert [tiltalte] i en for firmaet viktig og betrodd stilling”.⁷⁶ Dette var en medvirkende faktor for at retten vurderte tiltaltes handlemåte som utilbørlig.

Formålet bak ytelsen vil stå sentralt i utilbørighetsvurderingen. Dersom formålet med ytelsen var å påvirke den passive bestikker til å handle eller unnlate å handle på en bestemt måte, vil dette normalt føre til at fordelen er utilbørlig.⁷⁷

Hvorvidt mottakeren av fordelen har vært *åpen* om den vil også spille en viktig rolle. Det heter i forarbeidene at dersom mottakeren av en gave har informert arbeids- eller oppdragsgiveren må den normalt anses som tilbørlig.⁷⁸

⁷⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 34.

⁷⁶ LA-2007-149713. Andre saker der partenes stilling og posisjon ble også vektlagt i utilbørighetsvurderingen er TOSLO-2005-134006 (Ullevål sykehus) og TOSLO-2008-32091 (Flatskjerm)

⁷⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 55. En sak der formålet bak ytelsen ble vektlagt er Agder Energi-saken, LA-2007-149713.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 78 side 35.

Åpenhet kan skje på flere måter. Et klart tilfelle av åpenhet er dersom vedkommende som mottar fordelene orienterer sin overordnede om dette eller skriver ned fordelene i et form for gaveregister eller lignende som virksomheten har. Dersom fordelene er en pyntegenstand vil åpenhet også kunne skje ved at gjenstanden utstilles på arbeidssstedet. I motsatt retning, dersom fordelene for eksempel leveres til mottakeren privat og ikke på arbeidssstedet, så vil dette kunne være et moment som taler for at fordelene er utilbørlig.

Åpenhetsmomentet vil imidlertid avhenge av *hvem* åpenheten har vært overfor og *hvordan* det skjer. Det er åpenbart at det stiller seg forskjellig om man kun har informert om fordelene i en bisetning til en arbeidskollega under lunsjen, kontra det å sende inn en formell rapport til sin overordnede der man forklarer tilfellet. Dersom den overordnede godkjenner at fordelene mottas eller forholder seg passiv kan dette for øvrig medføre at straffeansvaret overføres, eller eventuelt at den overordnede kan bli dømt for medvirkning til korrupsjon, jfr. straffeloven § 276a tredje ledd.

Et eksempel der retten vektla tiltaltes åpenhet om fordelene er den såkalte flatskjermdommen.⁷⁹ Saken gjaldt to kundeforbindelser, A og B, som hadde mottatt hver sin flatskjerm og blitt med på en tur til Østerrike, uten å betale vederlag. A hadde informert sin overordnede om turen, både før og etter at turen var gjennomført. Både muntlig og ved å levere reiseregninger. Dette til forskjell fra B, som hadde latt være å informere sin arbeidsgiver. A's åpenhet var et viktig moment for at han ble frikjent for korrupsjon på dette punktet. For B var derimot mangelen på åpenhet et moment i skjerpene retning.

Forarbeidene fremholder også at det er grunn til å legge vekt på om mottakeren hadde anledning til å motta fordelene i henhold til *interne retningslinjer*.⁸⁰ I Ullevål sykehus-saken ble det forhold at tiltalte brøt interne retningslinjer ved sykehuset da han ble med på reisene, vektlagt som et skjerpene moment i utilbørlighetsvurderingen.⁸¹

⁷⁹ TOSLO-2008-32091.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 78 side 35.

⁸¹ TOSLO-2005-134006.

Dersom det ikke er utarbeidet interne retningslinjer vil det være naturlig å legge desto større vekt på hva som er *sedvanen* eller *bransjepraksis* innenfor det aktuelle lovs- eller virksomhetsområdet.⁸² Både forarbeider⁸³ og rettspraksis fremholder imidlertid at dersom det har utviklet seg en ukultur i bransjen i form av aksept av utilbørlige fordeler så vil retten ikke være forhindret fra å straffedømme slike tilfeller. Retten la blant annet vekt på dette da de vurderte eiendomssjefens reiser til Kiruna og Malaga i Ullevål sykehus saken.⁸⁴ I den grad slike reiser var ansett som akseptable innenfor noen bransjer, måtte domstolen likevel ha anledning til å straffeforfølge slike fordeler.

Hvorvidt vedkommende er å anse som *offentlig tjenestemann* er også et relevant moment i utilbørlighetsvurderingen. Det heter i forarbeidene at en offentlig tjenestemann generelt sett er underlagt en strengere norm enn personer som arbeider i privat virksomhet.⁸⁵

Tjenestemannsloven⁸⁶ § 20 kan gi noe veiledning til hvor terskelen for utilbørlighet går i offentlig sektor. Bestemmelsen setter i korthet et generelt forbud for offentlige tjenestemenn mot å motta gaver eller andre fordeler som fra giverens side skal "*påvirke hans tjenestelige handlinger, eller som det ved reglement er forbudt å motta*".

Bestemmelsen er noe strengere enn straffeloven § 276a, men det heter i forarbeidene at dersom en gave bryter med tjenestemannsloven § 20 kan man som oftest legge til grunn at gaven også kan gi grunnlag for straff etter korrupsjonsbestemmelsen.⁸⁷

Grensen mellom offentlig og privat sektor er imidlertid mindre tydelig enn tidligere. Hensynet til objektivitet og upartiskhet vil derfor også stå sentralt for virksomheter som utøver funksjoner på vegne av samfunnet, men der de ansatte ikke regnes som offentlige

⁸² Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 55.

⁸³ Ot.prp. nr. 78 side 55.

⁸⁴ TOSLO-2005-134006.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 78 side 35.

⁸⁶ Tjenestemannsloven av 4. mars 1983 nr. 3.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 78 side 56 og NOU 2002:22 side 39.

tjenestemenn. Ansatte i Det norske Veritas eller i et privat revisjonsselskap kan være eksempler på dette.⁸⁸

Straffeloven § 276a får også anvendelse på "*stilling, verv eller oppdrag i utlandet*", jfr. annet ledd. Det forhold at den aktive bestikker foretar bestikkelsen i utlandet fritar derfor ikke for ansvar. Et sentralt spørsmål er imidlertid om utilbørighetsvurderingen er den samme i internasjonale forhold som i Norge eller om den varierer fra land til land.

Det følger av forarbeidene at departementet mener at utilbørighetsvurderingen "*ikke kan stå upåvirket av forholdene i et land hvor bestikkelsen mottas eller ytes, eller hvor den passive bestikker har sitt virke*".⁸⁹ Lokal kultur vil derfor være et særlig moment ved vurdering av utilbørighetsnormen i internasjonale forhold.

Lokal forretnings- og forvaltningskultur kan bero på hvilke sosialetiske normer og rettshåndhevelsestradisjoner landet har. I mange land er det å gi og motta gaver en viktig del av forretningskulturen. I Afrika er for eksempel det å ha god personlig kjennskap til dem man gjør forretninger med ansett som mye viktigere enn hva det er i Norge. Noe av begrunnelsen for dette kan være at man i mindre utviklede land har færre muligheter til å få brakt en sak inn for rettsvesenet hvis en av partene misligholder avtalen. Dersom man kjenner sin kontraktspartner godt vil man i større grad vite om dette er en person eller et selskap man har tillit til og ønsker å gjøre forretninger med. Sosiale arrangementer og turer kan derfor være mer utbredt.

I Kina eksisterer det en praksis kalt "*guanxi*", som vektlegger sosiale relasjoner og kontakter, og er en viktig del av et den kinesiske forretningskulturen.⁹⁰ Her kan det å takke

⁸⁸ I LB-2008-28434 om falske helseerklæringer la for eksempel retten vekt på at det var tale om "*meget alvorlige tillitsbrudd i forhold til offentlige myndigheter*".

⁸⁹ Ot.prp. nr. 78 side 55.

⁹⁰ Jfr. Andvik, C.J. and Fjeldstad, O.H: "*Research on Corruption. A Policy Oriented Survey*", Final Report (NORAD), Chr. Michelsen Institute and Norwegian Institute for International Affairs (2000) side 72 flg.

nei til en presang eller invitasjon om å reise på seiltur både innebære at man fornærmer den man forsøker å gjøre forretninger med, og i verste fall medføre at man mister kontrakten. Sett i lys av den økte handelen med Kina er slike problemstillinger ikke upraktiske.

Anti-korrupsjonsorganisasjoner, som eksempelvis Transparency International, vil imidlertid ikke uten videre akseptere at lokal kultur bør spille inn ved vurderingen av hva som skal anses som straffbar korrupsjon. Deres politiske standpunkt er at *"a preliminary understanding of corruption involves dispelling the myth of corruption as a matter of culture"*.⁹¹

Det kan også stilles spørsmål ved om vektlegging av lokal kultur kan være problematisk i forhold til punkt 7 i OECD-konvensjonens forarbeider.⁹² Det heter her at:

"It is also an offence irrespective of, inter alia, the value of the advantage, its results, perceptions of local custom, the tolerance of such payments by local authorities, or the alleged necessity of the payment in order to obtain or retain business or other improper advantage" [min uthevning].

OECDs siste evalueringsrapport av Norge påpeker at innholdet i punktet ovenfor ikke kommer klart nok frem i norsk rett og at det faktum at en fordel følger av lokal kultur ikke er legitimerende.⁹³ Jeg tolker imidlertid formuleringen i konvensjonsforarbeidene dit hen at man ikke utelukker at lokal kultur kommer inn som et moment, men at lokal kultur ikke kan ha avgjørende vekt i vurderingen av om man står overfor en tilbørlig eller utilbørlig fordel.

Betydningen av lokal kultur vil behandles nærmere for det spesielle tilfellet facilitation payments i neste delkapittel.

⁹¹ Sitert i Bailes, Robert: *"Facilitation payments: culturally acceptable or unacceptably corrupt?"* Business Ethic: A European Review, vol. 15 nr. 3 July 2006 side 297.

⁹² De forklarende merknadene til OECD-konvensjonens artikkel 1.

⁹³ Se OECDs *follow-up report* av Norge phase 2 side 4. Se også kapittel 3.3.2.

3.2.3 Oppsummering

Gjennomgangen viser at utilbørighetskriteriet beror på en konkret helhetsvurdering der flere momenter kan være relevante. Kapitlet har gitt en redegjørelse for de mest sentrale tolkningsmomentene for vurdering av utilbørighetskriteriet ved bestikkelser i sin alminnelighet, men oppregningen er ikke uttømmende.⁹⁴ Det må videre foreligge en *”klart klanderverdig forhold”*⁹⁵ for at straff kan anvendes. Dette tilsier at terskelen for utilbørighet er høy.

⁹⁴ Dette følger blant annet av formuleringen ”slik som” i NOU 2002:22 side 31.

⁹⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 35.

3.3 Særlige tolkningsmomenter ved utilbørighetsvurderingen av facilitation payments

3.3.1 Problemstilling

Problemstillingen i det følgende er hvilke momenter som har særskilt relevans og vekt i utilbørighetsvurderingen av facilitation payments. Jeg behandler først momenter som kan utledes fra forarbeidene og OECD-konvensjonens forklarende merknader, deretter momenter som kan utledes fra kilder med lavere rettskildemessig vekt.

3.3.2 Lov og sedvane

Et sentralt moment i utilbørighetsvurderingen av facilitation payments er hvorvidt betalingen bryter med lov eller sedvane.⁹⁶ Som utgangspunkt vil fordeler som bryter med gjerningslandets lover være utilbørige.⁹⁷

Ved at handlingen er straffbar både i gjerningslandet og i Norge medfører dette at det dobbelte straffbarhetsvilkår i straffeloven § 12 første ledd nr. 3 bokstav c bli oppfylt. Det at betalingen bryter med lov i Norge og i gjerningslandet har ingen formell betydning⁹⁸, men tilsier likevel at handlingen er straffverdig. Dette er et tungtveiende moment for at fordelen

⁹⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 36 og 56, samt Europarådskonvensjonens forklarende merknader punkt 38:

“‘Undue’ for the purposes of the Convention should be interpreted as something that the recipient is not lawfully entitled to accept or receive”.

⁹⁷ Dette gjelder uavhengig av om gjerningslandet har ratifisert OECD-konvensjonen eller ikke. Det kan diskuteres om forarbeidene kan tolkes dit hen at de sikter til ”lov og sedvane” i Norge. Dersom man hadde lagt en slik tolkning til grunn ville forbudet mot facilitation payments i realiteten vært absolutt, da alle slike betalinger som utgangspunkt bryter med norsk lov og sedvane. Man må derfor legge til grunn at departementet sikter til ”lov og sedvane” i gjerningslandet.

⁹⁸ Forholdet vil allerede kunne straffes i Norge på grunn av § 12 første ledd nr. 3 bokstav a.

er utilbørlig. Og motsatt, dersom en betaling *er tillatt ved lov* vil dette være et tungveiende moment for at betalingen er tilbørlig.⁹⁹

Hvorvidt gjerningslandet forbyr det konkrete tilfellet av facilitation payments man står overfor beror på en tolkning, der også sedvane kan komme i betraktning. Selv om facilitation payments er forbudt i de fleste land, så er det en kjensgjerning at det spesielt i mindre utviklede land kan være en betydelig forskjell mellom formell straffelovgivning og reell håndhevelsespraksis. Det forekommer for eksempel at gjerningslandet uttrykkelig har forbudt facilitation payments, men at dette ikke blir opplevd som bindende, verken av befolkningen eller av myndighetene. For slike tilfeller kan man ikke utelukkende ta utgangspunkt i hva som følger av det enkelte straffebud. Isteden må man foreta en konkret vurdering av lov og sedvane og se på hvilken faktor som i realiteten gir uttrykk for gjeldende rett.

At facilitation payments i praksis er svært utbredt i enkelte land illustreres av en undersøkelse utført av Verdensbanken i 2007. Denne viste for eksempel at over 85 prosent av alle spurte bedrifter i Bangladesh forventet å måtte betale facilitation payments til offentlige tjenestemenn for å få ting gjort ("*get things done*").¹⁰⁰ Utbredelsen av facilitation payments vil derfor normalt måtte få innvirkning på utilbørlighetsvurderingen.

Lov vil på et generelt grunnlag ha større egenvekt¹⁰¹ enn sedvane, slik at det skal en del til før sedvane går foran lovgivning. Sentrale elementer ved vurderingen av landets lovgivning

⁹⁹ Dette følger blant annet av OECD-konvensjonens forklarende merknader punkt 8 at fordelen ikke vil være utilbørlig dersom den er "*permitted or required by the written law or regulation of the foreign public's country*", Det samme slutningen kan også trekkes fra Europarådskonvensjonens forklarende merknader punkt 38: "*For the drafters of the Convention, the adjective 'undue' aims at excluding advantages permitted by the law or by administrative rules (...)*".

¹⁰⁰ Undersøkelsene er gjort i flere land og resultatene er tilgjengelige her; <http://www.enterprisesurveys.org/ExploreTopics/?topicid=3> (sist besøkt 17.04.2009).

¹⁰¹ "Egenvekt" kan defineres ofte som egenskaper ved den enkelte rettskildefaktoren som er bestemmende for vekten.

vil være hvorvidt vedkommende faktisk ville blitt straffet etter bestemmelsen, og om landet har en fungerende straffesanksjonering.

Ved vurderingen av sedvanens rettskildemessige vekt, må man vurdere hvorvidt sedvanen har blitt fulgt konsekvent i lang tid, og om rettssubjektene på dette feltet har ansett den som bindende. Under denne bedømmelsen vil også gjerningslandets vurdering av sedvanens vekt som rettskildefaktor kunne være relevant. Til tross for at fast og langvarig sedvane er et moment som taler for at betalingen er tilbørlig, så følger det av forarbeidene at norske domstoler kan sensurere sedvanen dersom de kommer frem til at det har utviklet seg en ”ukultur”.¹⁰² Dette viser at også sedvanens ”godhet” vil være et relevant vurderingstema.

Flere multinasjonale selskaper har de siste årene etablert interne retningslinjer for bruk av facilitation payments som er strengere enn hva lovverket krever. Et eksempel på dette er StatoilHydro, som kun tillater facilitation payments ”dersom noens liv eller helse er i fare”.¹⁰³ Hvis tilsvarende retningslinjer blir utbredt i et tilstrekkelig antall selskaper kan dette være med på å endre bransjepraksis, noe som igjen kan bidra til at grensen for tilbørighet over tid blir strengere.

Som nevnt i kapittel 2 har OECD kritisert Norge for at man ikke i sterk nok grad får frem punkt 7 i konvensjonsforarbeidene, hvor det fremgår at fordelene vil være staffbar til tross for at betalingen følger av lokal kultur.¹⁰⁴ Jeg tolker ikke dette slik at OECD utelukker at sedvane og lokal kultur kan ha betydning for utilbørighetsvurderingen, men det gir likevel en klar retningslinje på at man skal være forsiktige med å legge *avgjørende vekt* på sedvane og lokal kultur i utilbørighetsvurderingen.¹⁰⁵

¹⁰² Ot.prp. nr. 78 side 55.

¹⁰³ Jfr. StatoilHydros etiske retningslinjer, punkt 3.3. og 4.3. Se www.statoilhydro.com (sist besøkt 19.04.2009).

¹⁰⁴ Se OECDs *follow-up report* av Norge phase 2 side 4.

¹⁰⁵ Se også Pieth (2007) side 145-146 der Danmark og Sverige kritiseres for å gi momentet ”*lokal custom*” avgjørende vekt i utilbørighetsvurderingen.

3.3.3 Ytelsens verdi

I forarbeidene til § 276a heter det at ”ytelsens verdi”¹⁰⁶ vil være et sentralt moment i vurderingen av om betalingen er utilbørlig. Fordelens verdi er også et viktig moment etter OECD-konvensjonens forarbeider.¹⁰⁷ Betalingens lave størrelse anses som et av facilitation payments fremste kjennetegn.¹⁰⁸

Hva som skal anses som en liten betaling er imidlertid ikke entydig, men kan bero på en rekke omstendigheter. En betaling som er ansett som liten i Sør-Afrika kan for eksempel anses som stor i forhold til nabolandet Zimbabwe. Hvilken betaling som er nødvendig kan også variere fra en offentlig etat til en annen og ut fra hva man betaler for. Eller som det treffende ble uttalt i en debatt om OECD-konvensjonen; *“What \$10 is to one person at one level is what \$100,000 is to another person at another level”*.¹⁰⁹

Juridisk litteratur kan imidlertid gi noe veiledning på hva som skal ansees som en liten betaling. Her heter det at hvis medlemslandene skal kunne operere med et unntak for facilitation payments, så er det et vilkår at betalingen er av *“minor nature not exceeding the*

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 78 side 36. Det kan fremstå som uklart om forarbeidene sikter til verdien av *fordelen som gis* eller *tilbys* den utenlandske offentlige tjenestemannen (typisk en pengesum), eller om den sikter til verdien av den *ytelsen man betaler for* (for eksempel verdien av å få passere en veisperring eller få behandlet en søknad). Med utgangspunkt i en kontekstuell tolkning og hvilke momenter som vektlegges i internasjonal teori, legger jeg imidlertid til grunn at forarbeidene sikter til *fordelens* verdi, og ikke verdien av det man ønsker *oppnådd*. Det må imidlertid presiseres at også verdien av det man ønsker oppnådd, kan være relevant i utilbørighetsvurderingen. Fordelens verdi vil for eksempel måtte avveies mot det man betaler for.

¹⁰⁷ Se OECD-konvensjonens forklarende merknader til artikkel 1 punkt 9, der det heter at betalinger som skal være straffrie må være små (”small”).

¹⁰⁸ Viser også til den generelle drøftelsen av økonomisk verdi i kapittel 3.2.

¹⁰⁹ Jfr. Joint Standing Committee on Treaties, OECD Convention on Combating Bribery, Official Hansard Report (April 16, 1998) 8 (Mr. Adams).

sosial norm".¹¹⁰ Dette tilsier at betalingens størrelse må vurderes opp mot hva som er normal praksis, innad i landet, i bransjen eller internt i virksomheten.

Til tross for at straffrie facilitation payments avgrenses til små betalinger, så er det en risiko for at en stor betaling kan bli gitt som mange små betalinger. Det er ikke uten videre grunnlag for å kumulere fordelene, men man må kunne se betalingene i sammenheng og vurdere om fordelene samlet sett kan anses som utilbørlige. Denne slutningen støttes blant annet av Ullevål sykehus saken. Eiendomssjefen hadde her i løpet av en seks måneders periode fått utbetalt til sammen kr. 180 000,-. Retten uttalte her at "[b]eløpene skal ses i sammenheng".¹¹¹

Det forekommer også at fordelene som gis ikke er i penger, men i spesielle varer eller ting, slik som for eksempel et kamera, et aircondition-anlegg eller en printer.¹¹² Varens økonomiske verdi vil her være et utgangspunkt, men dersom det er manko på slike varer i landet vil varens reelle verdi kanskje være høyere. Dette må også få betydning i forhold til utilbørlighetsvurderingen.

Det kan stilles spørsmål ved om det kan oppstilles en øvre grense for straffrie facilitation payments. Unntaket for facilitation payments i den amerikanske FCPA har i juridisk teori blitt tolket dit hen at det ikke omfatter betalinger over 1000 US dollar.¹¹³ I Australia har til sammenligning 100 australske dollar blitt foreslått som øvre grense for straffrie facilitation

¹¹⁰ Pieth (2007) side 139.

¹¹¹ TOSLO-2005-134006.

¹¹² Jfr. Pedigo, Kerry L., Marshall, Verena: "*Bribery: Australian Managers' Experiences and Responses When Operating in International Markets*", Journal of Business Ethics, July (2008) side 6.

¹¹³ Se for eksempel Arthur F., Mathews: "*Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements*" Northwestern Journal of International Law and Business, Volume 18 (1997-1998) side 315, og Perkel, Walter: "*Foreign Corrupt Practices Act*" American Criminal Law Review, Volume 40 (2003) side 697.

payments.¹¹⁴ Verken i USA eller i Australia kan imidlertid disse beløpene anses for å gi uttrykk for gjeldende rett.

I juridisk teori¹¹⁵ er det foreslått en maksgrense for straffrie facilitation payments som tar utgangspunkt i 25 prosent av gjerningslandets brutto nasjonalprodukt (BNP) per innbygger. 25 prosent av BNP per innbygger i 2008 vil som illustrasjon utgjøre 550 US dollar i Nigeria og 3950 US dollar i Russland.¹¹⁶ Ved anvendelsen av en slik målestokk må man imidlertid også ta i betraktning at fordelingen av økonomiske goder i mange land er svært skjev. Et land med store oljeinntekter kan for eksempel ha et forholdsvis høyt BNP, men det store flertallet av befolkningen kan likevel være svært fattig fordi oljeinntektene utelukkende tilgodeser et lite mindretall. Dette tiliser at "formelen" ovenfor bare kan gi begrenset veiledning.

Det følger av de norske forarbeidenes generelle kommentarer til utilbørighetsvilkåret at det ikke kan oppstilles en øvre beløpsgrense for hvilken verdi en fordel kan ha før den anses som utilbørlig.¹¹⁷ Dette gjelder også for facilitation payments. Dette er etter mitt syn fornuftig, til tross for at en konkret sum for hvor stor en betaling kan være før den anses som utilbørlig, ville kunne skapt større klarhet og forutberegnelighet. Hva som anses som "small" facilitation payments vil imidlertid bero på flere forhold, slik som for eksempel de økonomiske forholdene i landet, den offentlige tjenstemannens stilling og hva slags yttelse man betaler for. Et annet aspekt er at facilitation payments kan være utilbørlig selv om fordelen ikke har noen økonomisk verdi.¹¹⁸ Fordelen kan for eksempel bestå av hederlig

¹¹⁴ Joint Standing Committee on Treaties, *OECD Convention on Bribery*, Official Hansard Report (April 17, 1998) 42 (Mr. Hardgrave).

¹¹⁵ Buckley, Ross P, Danielson, Mark: "*Facilitation Payments in international Business: A Proposal to make Section 70.4 of the Criminal Code Workable*" University of New South Wales Faculty of Law Research Series, (2008).

¹¹⁶ Tall fra 2008. Hentet fra Central Intelligence Agency (CIA), The World Factbook; <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2004.html> (sist besøkt 14.04.2009).

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 78 side 55.

¹¹⁸ At fordelen ikke trenger å ha økonomisk verdi følger av Ot.prp. nr. 78 side 54.

omtale i media eller seksuelle tjenester. En konkret sum som retningslinje for grensen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon vil gjøre utilbørighetskriteriet mindre fleksibelt, og vil dessuten kunne bli oppfattet som absolutt av lekmenn. Fordelenes verdi er et viktig moment, men likevel bare et av flere momenter i utilbørighetsvurderingen og trenger således ikke være avgjørende.

3.3.4 Utpresning

Forarbeidene nevner spesielt at facilitation payments som skjer i forbindelse med ”*situasjoner som bærer preg av utpresning*” ikke kan karakteriseres som utilbørlige.¹¹⁹ Eksempelet det vises til er dersom man betaler et mindre beløp til en utenlandsk offentlig tjenestemann for å få tilbake passet sitt eller for å få lov til å reise ut av landet.¹²⁰

Utpresning kan skje implisitt eller eksplisitt. Generelt ligger det et element av utpresning i alle situasjoner der man ikke vil få den ytelsen man har krav på uten ekstra betaling. Ut fra det eksemplet som gis i forarbeidene er det imidlertid grunn til å tro at departementet tolker utpresningslignende situasjoner noe snevrere.

Den alminnelige bestemmelsen om utpresning finnes i straffeloven § 266. Som utgangspunkt må man kunne legge til grunn at hva som kjennetegner utpresning etter § 266, og hva som kjennetegner en situasjon som ”*bærer preg av utpresning*” i forhold til § 276a, i det vesentligste er det samme.

Utpresning defineres som *tvang* som skjer i *vinnings hensikt* som vil medføre tap eller fare for tap for den tvungne eller den han handler for. Tvangen må videre være *rettsstridig*, og gå ut på å få den annen til å *foreta en handling*. Hvorvidt tvangen er rettsstridig beror blant annet på om tvangen brukes for å oppnå noe den tvingende har krav på. Dersom tjenestemannen for eksempel har krav på betaling for ytelsen vil det normalt ikke være tale

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 78 side 36.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 78 side 56.

om utpressing, da det verken foreligger rettsstridighet eller vinnings hensikt.¹²¹ Den vanligste form for rettsstridig tvang er at det trues med en straffbar handling.

Begrepet ”tvinger” i § 266 første ledd tolkes dit hen at man påvirker en annens vilje slik at vedkommende blir satt ”*ut av stand til å handle frivillig*”.¹²² Det kan neppe oppstilles et like strengt krav til tjenestemannens atferd for at det skal foreligge en situasjon som ”*bærer preg av utpresning*” i forhold til § 276a . Dette innebærer at *terskelen* for hva som skal til for at det foreligger en situasjon som ”bærer preg av utpresning” er lavere enn hva som skal til for at en handling defineres som utpresning etter § 266, selv om kjennetegnene langt på vei er de samme.

Bedømmelsen av hva som utgjør en situasjon som bærer preg av utpresning vil også bero på subjektive forhold. Hvorvidt vedkommende var erfaren eller uerfaren med forholdene i gjerningslandet må få betydning for hva som anses som en utpresningslignende situasjon. Personen som for femtiende gangen gir etter for tjenestemannens press om ”*penger under bordet*” må vurderes etter en strengere norm enn personen som opplever dette for første gang.

Videre vil konkrete omstendigheter i en gitt situasjon kunne ha betydning. Dersom tjenestemannen bærer våpen eller er en del av en større gruppe, skal det trolig mindre til før det er tale om en utpresningslignende situasjon.

Det er imidlertid vanskelig å fastslå med sikkerhet hva som skal til for at det foreligger ”*situasjoner som bærer preg av utpresning*” før dette eventuelt blir presisert nærmere gjennom rettspraksis.

¹²¹ Jfr. Andenæs, Johs.: ”*Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene*” (2008) side 365 flg.

¹²² Jfr. Matningsdal, Magnus: Gyldendals lovkommentar til straffeloven, § 266 note 2082.

3.3.5 Ytelser som betaleren har rettskrav på

Forarbeidene slår fast at ”*terskelen for å reagere med straff overfor betalinger som ytes for at betaleren skal oppnå noe han eller hun har et rettskrav på, bør være høy*”.¹²³

Det første spørsmålet i denne forbindelse er hva som utgjør et ”rettskrav”. Den naturlige språklige forståelsen av ordet er at det foreligger et krav man kan få dom for. Det må således være rettslig regulert. Begrepet omfatter ikke bare krav som har hjemmel i lov, men også krav som har grunnlag i avtale eller sedvane. Hvorvidt det foreligger et rettskrav beror som utgangspunkt på en tolkning av den aktuelle lov-, forskrifts- eller avtalebestemmelse.

Ved vurderingen av om det foreligger et rettskrav må man videre foreta et skille mellom såkalte *skal*- og *kan*-regler. Forskjellen mellom slike regler kan illustreres gjennom et eksempel: Hvis vilkårene er oppfylt, så *skal* tillatelsen gis. Her vil det foreligge en plikt og i slike tilfeller vil tjenestemannen utøve det som ofte omtales som regelanvendelse.¹²⁴ En *kan*-regel oppstilles derimot slik; hvis vilkårene er oppfylt, så *kan* tillatelsen enten gis, nektes eller kanskje det kan gis en begrenset tillatelse. Her vil rettsanvenderen ha *frihet* til å foreta beslutningen og slike tilfeller omtales ofte som skjønnsutøvelse.¹²⁵

¹²³ Ot.prp. nr. 78 side 36. Det kan stilles spørsmål ved om det på dette punkt foreligger motstrid mellom den oppfatning som kan utledes fra proposisjonen og den oppfatning som kan utledes fra St.meld. nr. 10. (2008-2009) side 32. Det heter i stortingsmeldingen at ”*Også såkalte tilretteleggespenger, «facilitation payments», det vil si å betale for å få utført en tjeneste **man har krav på** uten ekstra betaling, er å anse som korrupsjon*” [min utheving]. Ut fra en naturlig språklig fortolkning av ordlyden kan det virke som om stortingsmeldingen også vurderer facilitation payments der man har rettskrav på noe, som utilbørlige. Dersom man legger en slik tolkning til grunn er stortingsmeldingen i uoverensstemmelse med proposisjonen. Stortingsmeldinger brukes når regjeringen vil presentere noe for Stortinget uten at det foreligger et lov- eller plenarvedtak til grunn. Stortingsmeldinger må rettskildemessig ha stilling som en form for etterarbeid eller rettsoppfatninger. Rettskildeværdien av proposisjonen er derfor høyere enn for stortingsmeldingen, og meldingen vil derfor i så fall måtte settes til side ved motstrid.

¹²⁴ Jfr. Boe, Erik: ”*Innføring i juss, juridisk tenkning og rettskildelære*” (1996) side 71.

¹²⁵ Jfr. Boe (1996) side 71.

Tilfeller der den offentlige tjenestemannen utøver skjønnsutøvelse vil som utgangspunkt falle utenfor rettskravsdefinisjonen. Denne slutningen bekreftes også av juridisk litteratur der det heter at unntaket for facilitation payments¹²⁶ tolkes slik at det kun omfatter tilfeller hvor ”*no discretion is involved*”, altså at beslutninger der tjenestemannen utøver skjønnsutøvelse ikke er omfattet av unntaket.¹²⁷ Som regel vil man imidlertid ha et rettskrav på å få *behandlet* slike tilfeller (for eksempel en søknad), men man har ikke rettskrav på *resultatet* (for eksempel å få søknaden innvilget). Normalt har man heller ikke et rettskrav på rask og effektiv saksbehandling, slik at betalinger for å få fortgang i saksbehandlingen som utgangspunkt vil være utilbørlig.

Det er viktig å være oppmerksom på at hva man kan få rettskrav på i Norge og hva man kan få rettskrav på i gjerningslandet kan være vidt forskjellig. I Norge har man for eksempel rettskrav på å få koble seg på strømmettet, men i land der strøm er et knapphetsgode er det ingen automatikk i dette. Beslutningen beror kanskje på en konkret vurdering av vedkommendes behov, forbruk og formål, og saksbehandleren har frihet til å ta den endelige beslutningen. Her vil det ikke foreligge noe rettskrav på ytelsen.

Det at en betaling er knyttet opp mot en ytelse man har rettskrav på peker i retning av at betalingen er tilbørlig: Likevel er det ikke dekning for å konkludere med at slike betalinger *alltid* vil være straffrie. For eksempel bør alternative måter for å oppnå ytelsen man har rettskrav på, for eksempel ved å skifte saksbehandler, være forsøkt før man eventuelt velger å betale.

Det kan i denne forbindelse vises til Rt. 1993 s. 927, den såkalte Oslo-korrupsjonssaken, som gjaldt flere tilfeller av korrupsjon i Oslo kommune på 1980-tallet. Et av spørsmålene retten sto ovenfor var hvorvidt de tiltalte kunne straffes for brudd på den dagjeldende § 128 i straffeloven, når bestikkelsene var gitt for å oppnå lovlige tjenestehandlinger. Høyesterett uttalte i denne forbindelse:

¹²⁶ I de forklarende merknadene til OECD-konvensjonens artikkel 1 punkt 9.

¹²⁷ Pieth (2007) side 139.

*”Når det gjelder betydningen av uttrykket ”uretmæssig”, vil selve det forhold at en ytelse gis for å påvirke tjenestemannen til å treffe en bestemt avgjørelse, i alminnelighet bevirke at avgjørelsen blir urettmessig. **Bestemmelsen i § 128 rammer etter min mening ikke bare påvirkning for å få en tjenestemann til å handle direkte uriktig, men også påvirkning for å få ham til å treffe en bestemt avgjørelse av flere mulige som innen lov og regelverk kunne fremstå som rettmessige.**”* [min uthevning]

Avgjørelsen viser at straffeloven også rammer bestikkelser som gis for å oppnå en lovlig beslutning.¹²⁸

3.3.6 Veiledning fra skatteloven § 6-22

Tidligere var vurderingskriteriet i korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 128 hvorvidt man hadde forsøkt å påvirke den offentlige tjenestemannen til å handle ”urettmessig”.

Ordet ”urettmessig” brukes også i skatteloven¹²⁹ § 6-22 første punktum: *”Fradrag gis ikke for bestikkelse og annen ytelse som er vederlag for urettmessig motytelse, eller som tar sikte på å oppnå en slik motytelse”*.

Hva som er *”vederlag for urettmessig motytelse”* vil i enkelte tilfeller være synonymt med utilbørlige facilitation payments. Hvordan § 6-22 blir praktisert vil derfor kunne være relevant også for utilbørlighetsvurderingen av facilitation payments.

Skatteloven § 6-22 avskjærer fradragsrett for bestikkelser og andre utrettmessige motytelser. Dette gjelder både i og utenfor Norge. Det følger av presiseringen i § 6-22 annet punktum at vurderingstemaet for når en motytelse er urettmessig er:

¹²⁸ Jfr. Stordrange (2007) side 97.

¹²⁹ Skatteloven av 26.mars 1999 nr. 14.

”når den strider mot den alminnelige forretningsmoral eller forvaltningsskikk på det stedet motytelsen skjer eller skulle ha skjedd, og når den ville stride mot den alminnelige forretningsmoral eller forvaltningsskikk i Norge”.

Begrepet *urettmessig* refererer seg med andre ord ikke bare til om motytelsen er ulovlig, men om den er urettmessig *etter den alminnelige forretningsmoral eller forvaltningsskikk*. Som utgangspunkt skal man legge til grunn forretnings- og forvaltningsskikk ”i Norge”. Det sies imidlertid i forarbeidene til bestemmelsen at man ved praktiseringen av regelen må ta hensyn til at legale ordninger for lønn og lojalitetsbånd kan være annerledes i enkelte land sammenlignet med Norge. Lønn som ikke kommer fra arbeidsgiveren (typisk facilitation payments) er mer utbredt i andre land, og vil ikke uten videre støte mot norsk moral.¹³⁰ Uttalelsene i forarbeidene til skatteloven § 6-22 viser at gjerningslandets kultur kan være med på å påvirke hva som anses som en ”urettmessig motytelse”.

Proposisjonen er imidlertid fra 1995-1996 og man må legge til grunn at terskelen for hva som anses ”rettmessig” etter § 6-22 er blitt noe strengere etter at den nye korrupsjonsbestemmelsen i straffeloven § 276a trådte i kraft.

Et stikkord for vurdering av om ytelsen er urettmessig er om skatteyteren handlet i strid med den norm som gjelder for en *forsvarlig og aktsom opptreden*.¹³¹ Hensynene for å tillegge lokal kultur vekt er i hovedsak de samme både for urettmessighetsvurderingen etter § 6-22 og utilbørlighetsvurderingen i § 276a. Hvorvidt det er handlet forsvarlig og aktsomt vil derfor være et viktig moment også ved vurderingen av utilbørlighetskriteriet.

Det vil lett føre til inkonsistens i lovverket dersom en betaling blir ansett som en berettiget motytelse etter skatteloven § 6-22, men ikke som tilbørlige facilitation payments etter

¹³⁰ Jfr. Ot.prp. nr. 76 (1995-96) side 16.

¹³¹ Dette følger av uttalelser i Rt. 2006 s. 449. Vedkommende ble her ansett å ha opptrådt uaktsomt med hensyn til den urettmessige motytelse og skatteyteren hadde derfor ikke krav på å fradragsføre utgiftene.

straffeloven § 276a. Dersom det ved en feil likevel er gitt skattefradrag for utgiftene så utelukker ikke dette at retten likevel kan vurdere betalingen som utilbørlig.¹³²

Den faktiske sammenhengen mellom bestemmelsene tilsier at man kanskje i større grad burde harmonisert straffeloven § 276a og skatteloven § 6-22, eller i alle fall understreket forbindelsen mellom bestemmelsene.

3.3.7 Oppnå eller beholde forretninger

Det følger av artikkel 1 i OECD-konvensjonen og OECD-konvensjonens forarbeider at bestikkelser som er gjort for å "*obtain or retain business or other improper advantage*"¹³³, altså for å oppnå eller beholde et forretningsforhold (min oversettelse), er straffbare i henhold til konvensjonen.¹³⁴ Dette betyr at dersom facilitation payments er brukt i denne hensikt så er dette en presumisjon for at betalingen er utilbørlig.

Dette momentet er ikke nevnt eksplisitt i omtalen av facilitation payments i forarbeidene til den norske korrupsjonsbestemmelsen. Likevel er det grunnlag for å forutsette at dette vil være et viktig moment også etter norsk rett ettersom § 276a bygger på OECD-konvensjonen og dens forarbeider.¹³⁵

¹³² Jfr. uttalelser i TOSLO-2002-5787. Saken gjaldt spørsmål om inndragning av provisjon skaffet til veie gjennom grovt utroskap ved korrupsjon ("kick backs"), etter de daværende bestemmelser i straffeloven § 275 jfr. § 276. Retten så seg ikke bundet av at det ved en feil var betalt skatt av provisjonsbeløpet, og mente at de likevel kunne inndra hele utbyttet som følge av korrupsjonshandlingen. Inndragning ble imidlertid ikke idømt på grunn av prosessuelle omstendigheter.

¹³³ "[O]ther improper advantage" refererer til noe som selskapet ikke var berettiget til, for eksempel "*an operating permit for a factory which fails to meet the statutory requirements*", jfr. punkt 5 i de forklarende merknadene til artikkel 1.

¹³⁴ Jfr. punkt 4 i de forklarende merknadene til artikkel 1. Poenget er også gjentatt i punkt 9 hvor det står uttrykkelig at facilitation payments ikke omfatter bestikkelser gjort for å etablere eller videreføre forretninger.

¹³⁵ Jfr. presumsjonsprinsippet, se kapittel 1.3.

Det finnes ikke norske rettskilder der dette momentet drøftes og det er derfor naturlig å se på hvordan momentet "obtain or retain business" er forstått i utenlandsk rett. I både Australia¹³⁶ og USA¹³⁷ er det presisert uttrykkelig i lovteksten at dersom betalingen er gjort for å oppnå eller beholde forretninger så vil det ikke anses som straffrie facilitation payments, men som straffbar korrupsjon. Dette illustreres blant annet av avgjørelsen *United States v. Saybolt Inc*¹³⁸ der betaling til offentlige tjenestemenn i Panama for å drive frem en leieavtale i Panama Canal Zone ble vurdert som straffbar etter FCPA i USA. Retten la vekt på at de anså at betalingen var motivert av: "*obtaining or retaining business because the lease would improve its competitiveness and profitability*".

En annen avgjørelse som drøfter uttrykket "obtain or retain business" er *United States of America v. Kay*.¹³⁹ Faktum gikk i korthet ut på at et amerikansk selskap hadde betalt offentlige tjenestemenn på Haiti for å få reduserte skatter og avgifter på importert ris til Haiti. Spørsmålet var hvorvidt dette tilfellet var omfattet av FCPA og uttrykket "obtain or retain business". The Fifth Circuit¹⁴⁰ konkluderte med at Kongressen hadde ment å forby et bredt spekter av ulike betalinger og ikke bare "*those that directly influence the acquisition or retention of government contracts or similar commercial or industrial arrangements*". De tiltaltes argument om at betalingene måtte anses å falle inn under unntaket for facilitation payments fikk ikke medhold og tilfellet var derfor å anse som straffbar korrupsjon.

I tidligere saker for amerikanske domstoler har retten normalt bare dømt etter FCPA hvor betaling som er foretatt hadde en klarere forbindelse til en spesifikk kontrakt eller forretningsmulighet (for eksempel å betale bestikkelsen for å sikre en statlig kontrakt eller

¹³⁶ Se Criminal Code Act 1995 subsection 70.4 (2).

¹³⁷ Se FCPA 15 U.S.C. §§ 78dd-1; §§ 78-dd-3.

¹³⁸ 98 Cr 10266 WGY (D. Mass 1998).

¹³⁹ No. 02-20588 (5th Cir. Feb. 4, 2004). Saken ble forsøkt gjenopptatt, men erklæringen ble avvist av The Supreme Court (Amerikansk Høyesterett), *United States v. Kay*, Nos. 05-20604 (5th. Cir., 2008).

¹⁴⁰ Tilsvarer lagmannsretten i Norge.

for å oppnå en lisens til å drive forretninger). *US v. Kay* innebar imidlertid at ”obtain or retain business” ble tolket videre og har utvidet FCPAs anvendelsesområde betraktelig.¹⁴¹

Det sentrale i amerikansk rett ved vurderingen av om betalingen ble gjort ”to obtain or retain business” er hvorvidt det foreligger en tilstrekkelig *tilknytning* mellom betalingen og forretningen. Det må her blant annet vurderes om fordelene ble gitt eller tilbudt i den *hensikt* å etablere eller videreføre forretningsforholdet. Hvordan ”obtain or retain business” er forstått i amerikansk rett vil også kunne ha relevans for hvordan norsk rett skal tolke dette momentet.

Et eksempel på et utilbørlig tilfelle av facilitation payments er dersom en bedrift betaler en offentlig tjenestemann for at han skal *godkjenne* en søknad om konsesjon for utbygging av mobilnettet i landet. Her er betalingen åpenbart gjort for å oppnå eller beholde forretninger og fordelene vil normalt anses som utilbørlig. Spørsmålet stiller seg imidlertid annerledes dersom betalingen gjøres for å få selve søknaden *behandlet*. I det sistnevnte tilfellet vil man ofte ha et rettskrav på å få søknaden vurdert, hvilket er et moment i favør av at betalingen er tilbørlig. På den annen side vil betalingen også kunne anses som et ledd i å oppnå eller beholde forretninger, noe som er et moment i motsatt retning.

Problemstillingene ovenfor illustrerer at grensedragningen for hva som anses som ”obtain or retain business” langt fra er klar. Dersom uttrykket tolkes for vidt vil nesten alle betalinger som skjer av personer som arbeider i utlandet kunne omfattes, da de på en eller annen måte kan settes i sammenheng med å oppnå eller beholde forretninger. På tross av dette er det grunn til å tro at retningslinjen må tolkes strengt og at mange betalinger vil bli regnet som utilbørlige på dette grunnlaget. Dette underbygges blant annet av OECDs evalueringsrapporter. Da Australia ble evaluert av OECD i 2006 fikk de kritikk for et veiledningseksempel som lå ute på det australske justisdepartements sine nettsider. Eksemplet gikk i korthet ut på at dersom en bedrift var nødt til å betale saksbehandleren

¹⁴¹ Følger av artikkel på det amerikanske justisdepartements nettsider;

<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/srph1quest.html> (sist besøkt 26.03.2009).

”under bordet” for å få utstedt en arbeidstillatelse, så skulle dette normalt anses som straffrie facilitation payments.¹⁴² OECDs arbeidsgruppe mente eksemplet var misvisende, blant annet fordi eksemplet viste til en situasjon som hadde tilknytning til å oppnå eller beholde forretninger. Ettersom Australia har et eksplisitt unntak for facilitation payments er det ingen grunn til av norsk rett skal tolkes lempeligere på dette punkt. Dersom norske domstoler finner at det er tilknytning mellom en betaling og ønsket om å oppnå og beholde forretninger så vil betalingen derfor som utgangspunkt bli betraktet som utilbørlig.

3.3.8 Øvrige momenter

3.3.8.1 Brudd på tjenestemannens plikter

Hvorvidt betalingen skjer for å få tjenestemannen til å bryte sine plikter er et relevant moment i vurderingen av facilitation payments.¹⁴³ Dette momentet kan i noen grad utledes fra forarbeidene til den norske korrupsjonsbestemmelsen. Det heter her at hvis motytelsen ikke er pliktstridig skal det ”*mer til enn ellers*” for at handlingen kan betegnes som utilbørlig.¹⁴⁴ Med andre ord er pliktstridige handlinger som regel mer klanderverdige enn handlinger som er i overensstemmelse med tjenestemannens plikter.

Pliktstrid sto også sentralt i en av de tidligere korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven § 113. Bestemmelsen gjaldt riktignok passiv korrupsjon, men hvordan en ”pliktstridig Tjenestehandling” ble forstått etter § 113 vil også kunne være relevant for hva som er pliktstridig etter § 276a. Pliktstridsbegrepet i § 113 ble tolket vidt og omfattet handlinger som var i strid med lov, forskrift, tjenestereglement eller instruks fra overordnede. Det ble også ansett som pliktstridig dersom en tjenestemann påtok seg å la en forvaltningssak få prioritet i køen.¹⁴⁵

¹⁴² OECDs evalueringsrapport av Australia phase 2 (2006) side 46-47.

¹⁴³ Jfr. Pieth (2007) side 139.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 78 side 54.

¹⁴⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 14.

Dette medfører at tilfeller der betaleren ønsker at den offentlige tjenestemannen skal gjøre noe illegitimt, umoralsk eller ulovlig, som regel vil være utilbørlig. Det samme er normalt tilfelle dersom tjenestemannen foretar handlinger som vil gå utenfor hans eller hennes ansvarsområde.

Som det påpekes i forarbeidene byr imidlertid pliktstridsbegrepet på en del utfordringer, spesielt når det gjelder forvaltningens frie skjønn. Ofte vil tjenestemannens plikter ikke være klart definerte og han eller hun kan ha et vidt ansvarsområde. I slike tilfeller kan det by på vanskeligheter om tjenestemannen har opptrådt pliktstridig. Dersom tjenestemannen tar utenforliggende hensyn eller gjør bevisste feil i saksbehandlingen, på grunn av fordeler som vedkommende har fått eller regner med å få, vil imidlertid dette være pliktstridig.¹⁴⁶

Pliktstridsbegrepet kan imidlertid ikke tolkes dit hen at lovgiver har ønsket å gjøre det til et vilkår for straff at tjenestemannen har handlet på en pliktstridig måte.¹⁴⁷ I så fall måte Norge ha avgitt en særskilt erklæring om dette da man underskrev Europarådskonvensjonen.¹⁴⁸

Til sammenligning kan det vises til at i Østerrike¹⁴⁹, Tyskland¹⁵⁰ og Sveis¹⁵¹ er rettstilstanden slik at kun bestikkelser som søker å få tjenestemannen til å bryte noen av sin offisielle plikter, er straffbare. Betaling for å få den utenlandske offentlige tjenestemannen

¹⁴⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 14.

¹⁴⁷ Dette støttes blant annet av Ullevål sykehus-saken (TOSLO-2005-134006) der retten uttalte: *"Det er heller ikke noe krav om pliktstridig eller uretmessig opptreden fra den som blir bestukket"*.

¹⁴⁸ Jfr. Europarådskonvensjonen artikkel 36d. Dersom Norge hadde valgt å videreføre vilkåret i den tidligere straffelov § 128 om at den aktive bestikker måtte forsøke å påvirke tjenestemannen til å handle "uretmæssig" måtte man imidlertid ha avgitt en slik erklæring for å tilfredsstille Europarådskonvensjonen.

¹⁴⁹ Se artikkel 307 (1) (6) i den østerrikske straffeloven.

¹⁵⁰ Se artikkel 334 (1) og (3) i den tyske straffeloven.

¹⁵¹ Se artikkel 322^{septies} i den sveitsiske straffeloven.

til å gjøre noe han eller hun i utgangspunktet har plikt til å gjøre anses derfor ikke som korrupsjon.¹⁵²

I Danmark vil derimot betalinger for å få tjenestemannen til å utføre pliktstridige, eller endog ulovlige handlinger, likevel ikke utelukke at betalingen kan være straffri. Dette følger blant annet av de danske forarbeidene.¹⁵³ Justisdepartementet gir her som illustrasjon at dersom pårørende bestikker fengselsbetjenten for å besøke en innsatt, og kanskje levere mat, tepper og medisiner, vil dette kunne være lovlig, til tross for at dette ville innebære et brudd på fengselsbetjentens plikter. I OECDs andre evalueringsrapport av Danmark blir imidlertid dette kritisert, og det bes om en presisering av at betaling for tjenestemannens pliktstridige handlinger ligger utenfor hva som kan anses som straffrie facilitation payments.¹⁵⁴

Danmark har i motsetning til Norge, implementert punkt 9 i forarbeidene til OECD-konvensjonen.¹⁵⁵ Det danske unntaket for facilitation payments er derfor trolig videre enn hva man kan legge til grunn etter norsk rett. En fra det mer til det mindre betraktning tilsier derfor at kritikken fra OECD i den danske evalueringsrapporten (pliktstridige handlinger ligger utenfor hva som kan anses som straffrie facilitation payments) også vil sette begrensninger for norsk rett.

3.3.8.2 Rutinehandlinger

I amerikansk rett defineres facilitation payments som betaling gjort *"to expedite or to secure the performance of a **routine government action** by a foreign official, political*

¹⁵² Jfr. Pieth (2007) side 144.

¹⁵³ Forarbeidene til de danske korrupsjonsbestemmelsene, § 122 (aktiv korrupsjon) og § 144 (passiv korrupsjon). Forarbeidene er gjengitt i OECDs evalueringsrapport av Danmark phase 2 side 46.

¹⁵⁴ Se OECDs evalueringsrapport av Danmark phase 2 side 47.

¹⁵⁵ Jfr. Pieth (2007) side 145.

party or party official” [min utheving].¹⁵⁶ Betalinger for å få utført rutinehandlinger anses derfor normalt som straffrie etter amerikansk rett. Gjeldende rett i Canada¹⁵⁷, New Zealand¹⁵⁸ og i Australia¹⁵⁹ bygger på det amerikansk lovgivning på dette punkt.

Under unntaket for ”*routine government action*” i den amerikanske korrupsjonsloven nevnes det å få tillatelser, lisenser, visum, arbeidstillatelse, politibeskyttelse, motta og sende post, telefon, strøm og levering av vann, tillatelse til å laste av og på gods eller tilsvarende handlinger.¹⁶⁰ Opplistingen vil kunne være en nyttig veiledning også i norsk rett. Men det er viktig å være bevisst på at USA positivt har unntatt facilitation payments fra kriminalisering, mens utgangspunktet etter norsk rett at facilitation payments er å anse som straffbar korrupsjon.¹⁶¹ Grensen for hva som kan anses som tilbørlige facilitation payments etter norsk rett vil derfor trolig være noe snevrere enn etter amerikansk rett.

Hvorvidt handlingen man betaler for er en rutinehandling har videre sammenheng med flere av de tidligere gjennomgåtte momenter. Fordeler som er gitt for å oppnå eller beholde forretninger (se punkt 3.3.7), eller for å få tjenestemannen til å bryte sine plikter (se ovenfor), vil for eksempel sjelden kunne anses som rutinehandlinger.

3.3.8.3 Sikkerhetsmessig eller medisinsk nødssituasjon

Ansatte i multinasjonale selskaper må ofte reise og bo i land hvor levestandarden er vesentlig lavere enn i Norge og der risikoen knyttet til helse og sikkerhet er betydelig høyere. Enkelte bedrifter som i utgangspunktet opererer med et forbud mot facilitation

¹⁵⁶ Jfr. FCPA 15 U.S.C. §§ 78dd-3(b).

¹⁵⁷ Canadian Corruption of Foreign Public Officials Act.

¹⁵⁸ New Zealands Crimes Amendment Act 2001; ss. 3(4-5).

¹⁵⁹ Australian Criminal Code; ss.70.4 (1-2).

¹⁶⁰ Jfr. FCPA 15 U.S.C. §§ 78dd-3(f)(4)(A).

¹⁶¹ Jfr. drøftelsen i kapittel 2.

payments har i slike tilfeller oppstilt et unntak for situasjoner der vedkommendes sikkerhet eller helse er truet.¹⁶²

Man må også legge til grunn et slikt unntak etter straffeloven § 276a. Betalinger som gjøres for å trygge helse eller sikkerhet vil normalt være tilbørlige. Sikkerhetsmessige eller medisinske nødssituasjoner vil dessuten kunne omfattes av reglene om nødrett og nødverge i straffeloven §§ 47 og 48. Det faller utenfor rammene for denne oppgaven å gjennomgå kriteriene i disse bestemmelsene i detalj. Helt kort kan det nevnes at de sentrale momenter vil være hvorvidt betalingen var *nødvendig*, om den var *egnet*, samt om betalingen var *proporsjonal* med faren eller angrepet vedkommende står overfor. Et eksempel der bestemmelsene kan være aktuelle er dersom legen i øyeblikket før ektefellen trilles inn på operasjonsstuen krever penger for å kunne gjøre en ”skikkelig jobb”. Et annet praktisk eksempel er dersom en konvoi med nødhjelp blir stoppet i en veisperring i en krigssone. Dersom overlevering av en sekk med ris eller lignende medfører at konvoien likevel får komme forbi sperringen vil dette normalt være en straffri betaling, da nødssituasjonen legitimerer bestikkelsen. Trolig vil disse situasjonene både kunne anses som ”*en paa anden maade uafvendelig fare*” i § 47 og som ”*rettsstridig angreb*” i § 48. De skisserte eksemplene vil imidlertid kunne ha karakter av utpresning, slik at betalingene kan være tilbørlige også på dette grunnlag, se punkt 3.3.4.

3.3.8.4 Hensynet til konkurranse

Konkurranse som moment kan få betydning for utilbørighetsvurderingen på to måter: For det første vil det kunne ha betydning for utilbørighetsvurderingen om betalingen innebærer at den norske aktøren får et *konkurransefortrinn*.¹⁶³ Dette momentet henger sammen med hva som følger av sedvane. Dersom det for eksempel foreligger lik praksis,

¹⁶² Se for eksempel StatoilHydros etiske retningslinjer punkt 3.3 og 4.3.

¹⁶³ I følge samtaler med aktører innenfor norsk næringsliv som opererer i utlandet blir dette momentet brukt som retningslinje for om betalingen er utilbørlig eller ikke. Momentet har imidlertid ikke hjemmel i noen autoritativ rettskilde.

og alle som for eksempel ønsker å få fortollet varer må betale en bestemt sum, så vil dette i liten grad gi den aktive bestikker et konkurransefortrinn i forhold til de andre aktørene.

Som nevnt tidligere har imidlertid domstolene adgang til å sensurere en praksis dersom det har utviklet seg en ukultur. Dette innebærer at hvorvidt betalingen ga et konkurransefortrinn til aktøren vil være et moment i utilbørighetsvurderingen, men det kan ikke ha avgjørende vekt.

For det andre vil *hensynet til norsk næringslivs konkurranseevne* kunne ha relevans i utilbørighetsvurderingen. Under høringsrunden til den nye korrupsjonsbestemmelsen fremhevet NHO viktigheten av dette momentet.¹⁶⁴

Holvik nevner også hensynet til konkurranseevne som et argument i vurderingen av om bestikkelsen kunne anses som straffbar etter de dagjeldende korrupsjonsbestemmelsene i §§ 275 og 276. Han skriver i denne forbindelse at: *”skal norsk næringsliv kunne delta i internasjonal handel, så kan ikke norske selskaper bli tvunget av interne norske regler til å følge en forretningsetikk i sine forbindelser med utlandet som er så høy at de risikerer å måtte miste muligheten for å konkurrere”*.¹⁶⁵

Hvorvidt dette siste momentet kan tillegges vekt i utilbørighetsvurderingen er imidlertid usikkert. Hensynet til Norges konkurranseevne er slik jeg ser det mer et politisk enn et juridisk moment. Dette betyr likevel ikke at det vil være helt uten relevans og vekt i vurderingen av hvor grensen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon går. Dersom andre land har vurdert et særskilt tilfelle av facilitation payments som straffritt vil dette kunne ha betydning for Norges vurdering av det samme tilfellet. Hensynet til likhet og rettsenhet tilsier dessuten at Norge ikke bør legge seg på en utilbørighetsnorm som er vesentlig strengere enn hva tilfellet er hos land som det er naturlig å sammenligne oss med.

¹⁶⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 31.

¹⁶⁵ Jfr. Holvik (1997) side 58.

3.4 Facilitation payments mellom private virksomheter

Facilitation payments overfor offentlige tjenestemenn har vært fokuset så langt i oppgaven. Det er imidlertid en kjensgjerning at facilitation payments også er utbredt i private forhold. I shipping-næringen er for eksempel krav om facilitation payments et stort problem, ikke bare i forhold til offentlige tjenestemenn, men også overfor personer i private virksomheter. Holvik gir flere eksempler på dette i sin avhandling.¹⁶⁶ Spørsmålet blir hvordan rettsstillingen er for facilitation payments mellom private virksomheter.

OECD-konvensjonen omfatter kun korrupsjon overfor utenlandsk offentlig tjenestemann, og korrupsjon mellom private ligger dermed utenfor konvensjonens anvendelsesområde. Straffeloven § 276a og Europarådskonvensjonene artikkel 7 omfatter imidlertid også korrupsjon i privat sektor. Facilitation payments mellom to private parter er ikke nevnt eksplisitt, men det er ingen grunn til at slike tilfeller ikke skulle omfattes av § 276a.

I følge de norske forarbeidene skal man som utgangspunkt legge til grunn de samme momentene ved vurderingen av aktiv korrupsjon både i offentlig og i privat sektor. Momentene som er gjennomgått tidligere i kapittelet vil derfor også være relevante ved utilbørlighetsvurderingen av betalinger til personer i private virksomheter.

Det følger imidlertid av forarbeidene at offentlige tjenestemenn er underlagt en strengere vurdering enn personer som arbeider i privat sektor.¹⁶⁷ Facilitation payments til personer i private virksomheter i utlandet må derfor bedømmes etter en noe høyere utilbørighetsterskel sammenlignet med facilitation payments overfor offentlige tjenestemenn.

Grensen mellom personer som arbeider i privat og offentlig virksomhet er imidlertid ofte uklar. En havnesjef kan for eksempel både være offentlig og privat ansatt. I en slik

¹⁶⁶ Holvik (1997) side 7 flg.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 78 side 35.

situasjon vil facilitation payments være like straffverdig, uavhengig av om havnesjefen er offentlig tjenestemann eller ansatt i privat virksomhet. Reelle hensyn tilsier at slike tilfeller bør bedømmes etter samme utilbørighetsnorm.

3.5 Facilitation payments ved bruk av agenter – medvirkningsansvar

Det følger av OECD-konvensjonen artikkel 1 at det gjelder et forbud mot bestikkelser av utenlandske offentlige tjenestemenn "*whether directly or through intermediaries*".¹⁶⁸ Dette innebærer at korrupsjon ved bruk av agenter¹⁶⁹ er omfattet. Det samme er også presisert i de norske forarbeidene.¹⁷⁰

Denne problemstillingen er aktuell i forhold til norske selskapers bruk av agenter i utlandet. Agenter blir ofte brukt som en slags "døråpner" for norske bedrifter som vil etablere seg i utlandet. Agentens rolle kan være forskjellig, men typiske oppgaver er å ordne visum, la bedriften bli kjent med relevante kontakter, hjelpe til med søknader og kontrakter etc. De mest kjente tilfellene av korrupsjon via agenter er imidlertid påvirkningshandel og grovere tilfeller av korrupsjon.¹⁷¹ Man må imidlertid kunne legge til grunn at agents bruk av facilitation payments også forekommer i mange land.

Norske domstoler har anledning til å domfelle en utenlandsk agent for korrupsjon.¹⁷² Det er imidlertid lite trolig at påtalemyndighetene vil straffeforfølge en utenlandsk statsborger i utlandet. Det krever dessuten at gjerningslandet går med på å utlevere vedkommende til

¹⁶⁸ Formuleringen innebærer at også korrupsjon ved bruk av tredjeparter er omfattet. Til tross for at fokuset i fremstillingen vil være agenter, vil momentene som skisseres også kunne være relevante for andre tilfeller. For eksempel korrupsjon ved bruk av underleverandører.

¹⁶⁹ Begrepet agent brukes som en samlebetegnelse for alle typer mellommenn som opptrer på vegne av en virksomhet.

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 78 side 58.

¹⁷¹ Et norsk eksempel er den mye omtalte Statoil-Horton saken som gjaldt ulovlig påvirkningshandel ved bruk av agent. Se Keiserud-rapporten (2004).

¹⁷² Jfr. straffeloven § 12 første ledd nr. 4.

Norge, noe som er lite sannsynlig med mindre landet er traktatmessig forpliktet til det.¹⁷³ Mer sannsynlig er det at påtalemyndigheten vil tiltale agentens prinsipal for medvirkning. Spørsmålet i denne forbindelse er i hvilken grad prinsipalen, typisk et norsk selskap som kan settes i forbindelse med agenten, har medvirket til agentens straffbare handlinger.

Medvirkning til korrupsjon er straffbart etter straffeloven § 276a tredje ledd siste setning.¹⁷⁴ Skyldkravet i korrupsjonsbestemmelsen er forsett, og dette innebærer at det kan straffes for medvirkning dersom medvirkeren har vært klar over at hovedmannen skal gjennomføre en straffbar handling. Dette betyr at det ikke er tilstrekkelig at prinsipalen burde vært klar over at det ble gitt facilitation payments (dette hadde vært tilfelle dersom skyldkravet hadde vært uaktsomhet).¹⁷⁵ Grensen kan imidlertid være vanskelig å trekke.¹⁷⁶

Medvirkning kan skje på flere måter, både aktivt, psykisk og passivt. Dersom prinsipalen gir agenten pengene han trenger til å foreta bestikkelsen, til tross for kunnskap om hva de vil brukes til, så er det innlysende at prinsipalen vil kunne dømmes som straffbar medvirkning. Prinsipalens samtykke til at det gis utilbørlige facilitation payments vil også kunne straffes som medvirkning. Det er videre sikker rett at medvirkningshandlinger også kan bestå i unnlatelser. Dette innebærer at dersom prinsipalen lar være å foreta seg noe til tross for kunnskap om at agenten bruker utilbørlige facilitation payments på eget initiativ, så vil dette kunne anses som straffbar medvirkning.¹⁷⁷ En sentralt moment ved vurderingen av om passivitet er tilstrekkelig er hvilken *tilknytning* det er mellom prinsipalen og agenten.

¹⁷³ Eskeland (2006) side 167.

¹⁷⁴ For en grundigere innføring av medvirkningsansvaret, se Eskeland (2006) side 197 flg.

¹⁷⁵ Eskeland (2006) side 308.

¹⁷⁶ For en grundigere drøftelse av skyldkravet ved korrupsjon via agenter, se Grøtte, Christine: "*Korrupsjon og påvirkningshandel etter straffeloven §§ 276a og 276c*", (2007) side 28 flg.

¹⁷⁷ Det er noe uenighet i juridisk teori om man kan statuere medvirkningsansvar på grunnlag av passivitet alene eller om det kreves noe mer. Husabø mener at det må oppstilles et krav om konkludent passivitet, mens Andenæs mener at passivitet alene er tilstrekkelig. Se mer i Husabø, Erling Johannes: "Straffansvarets periferi", (1999) side 174 flg.

Jo fjernere forbindelsen er mellom prinsipal og agent, desto mer skal det til for at prinsipalens passivitet kan statuere et medvirkningsansvar.

Sentrale momenter ved vurdering av tilknytningen mellom aktørene er hvordan agenten er engasjert. Det vil ofte kunne være et nærmere tilknytningsforhold dersom prinsipalen er agentens arbeidsgiver, kontra dersom det prinsipalen er agentens oppdragsgiver. Videre vil prinsipalens kontroll- og instruksjonsmuligheter også være av betydning.¹⁷⁸ Fysisk avstand kan for eksempel tilsi at prinsipalen har vanskeligheter med å ha det fullstendige oversikt over agentens virke. Spørsmålet om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom prinsipalen og agenten vil imidlertid til syvende og sist bero på en konkret helhetsvurdering der flere forhold kan komme i betraktning. Straffverdighet og hensynet til prevensjon vil her være viktige momenter.

Prinsipalens ansvar ved agents bruk av facilitation payments vil som regel ligge i randsonen av medvirkningsansvaret. Dette gjelder spesielt siden facilitation payments i seg selv ligger i grenselandet for hva som kan anses som korrupsjon. Men på tross av at prinsipalens handlinger i det enkelte tilfellet ikke er tilstrekkelige til å kunne bedømmes som straffbar medvirkning, så vil en slik sak uansett kunne være svært skadelig for prinsipalen på andre måter, for eksempel rent omdømmemessig. Norske aktørers interesse i at deres mellommenn og underleverandører ikke er korrupte er trolig vel så mye motivert av hensynet til omdømme som til å overholde norsk rett.

3.6 Oppsummering

Jeg har i dette kapittelet gitt en redegjørelse for relevante momenter ved vurderingen av hvorvidt facilitation payments er tilbørlig, med utgangspunkt i forarbeidene til den norske straffebestemmelsen om korrupsjon og OECD-konvensjonens forklarende merknader. Kapittelet drøfter i tillegg andre momenter som er vektlagt i utenlandsk praksis og teori, og som kan få betydning for utilbørlighetsnormen ut fra en konkret helhetsvurdering. Vekten

¹⁷⁸ Jfr. Grøtte (2007) side 25.

av de ulike momenter vil avhenge av hvilke andre tolkningsmomenter som finnes i den konkrete saken. Momentene som drøftes i første halvdel av kapittel 3.3 vil imidlertid på generelt grunnlag ha størst vekt ettersom de kan utledes fra mer autoritative kilder som forarbeidene og OECD-konvensjonen.

Avslutningsvis har jeg drøftet bruk av facilitation payments overfor private virksomheter og konkludert med at man må legge til grunn de samme momenter som er relevante for facilitation payments overfor offentlige tjenestemenn, men at det mellom private virksomheter vil være en noe høyere terskel for at en betaling skal anses som utilbørlig. Endelig har jeg gitt en kort oversikt over relevante momenter i tilknytning til medvirkningsansvar ved agenters bruk av facilitation payments.

4 Konklusjon: Grensen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon

Hovedregelen etter norsk rett er at facilitation payments er å anse som straffbar korrupsjon. Samtidig finnes det unntakstilfeller der facilitation payments kan være tilbørlige og således straffrie.

Det har så langt ikke vært noen rettssaker etter den nye straffebestemmelsen om korrupsjon der facilitation payments har vært et tema. Et begrenset og sprikende rettskildebildet medfører derfor at det er vanskelig å trekke noen klar grense mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon.

Grensedragningen mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon vil bero på en rekke momenter, der handlingens straffverdighet ofte vil være det avgjørende moment for om grensen for straffrie facilitation payments er overskredet. Min vurdering er at unntaket for facilitation payments må vurderes som forholdsvis snevert. Eksemplene som er gjengitt i forarbeidene underbygger dette, og viser at terskelen for at facilitation payments skal bli betraktet som tilbørlige – og dermed er straffrie – er høy. Facilitation payments må ses på som ”en siste utvei”. Samtidig viser drøftelsen at unntaket for facilitation payments er videre enn hva man kan få inntrykk av i en nylig fremlagt stortingsmelding og OECDs siste evalueringsrapport.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Se St.meld. nr. 10 (2008-2009) side 32 og OECDs evalueringsrapport phase 2 side 28-29. Viser til drøftelsen av dette i kapittel 2.

Selv om oppgaven i liten grad har kunnet gi et tydelig svar på hvor grensene går mellom straffrie facilitation payments og straffbar korrupsjon, så har den vist hvordan Høyesterett kan komme til å resonnerer dersom spørsmålet kommer opp for domstolene. Oppgaven kan også være et hjelpemiddel til norske virksomheter som opererer i utlandet og gi veiledning til hvordan de bør forholde seg til facilitation payments.

Etter å ha snakket med flere personer som møter problemstillingen om facilitation payments, er mitt inntrykk at få har særlig kunnskap om den rettslige reguleringen av facilitation payments. Dette gjelder både lekfolk og jurister. Til tross for at regelverket om korrupsjon er blitt betydelig klarere, fremstår særlig tilfellet facilitation payments fremdeles som en gråsoner i juridisk sammenheng.

5 Rettspolitiske vurderinger

5.1 Bør facilitation payments være straffrie?

Argumentene som brukes i debatten om hvorvidt facilitation payments bør være lovlige eller ikke er mangeartede, og er både av etisk, politisk, antropologisk og økonomisk art.

Et argument som benyttes for å forsvare bruk av facilitation payments er at slike betalinger i liten grad ser ut til å forstyrre handel eller ødelegge økonomisk utvikling i landene der dette forekommer.¹⁸⁰ I motsetning til “vanlige” bestikkelser vil facilitation payments sjelden skape konkurransemessige fordeler ved inngåelse av avtaler.¹⁸¹ Facilitation payments har som funksjon å sikre at man får de tjenestene man har krav på, men det stopper også der.

Det blir hevdet at i mindre utviklede land, som for eksempel Bangladesh, er lønnen for enkelte offentlige tjenestemenn så lav at de er helt avhengige av slike facilitation payments for å klare seg. Dette omtales noen ganger som “baksheesh” på det indiske subkontinent eller “la mordia” i Sentral Amerika.¹⁸² Slike betalinger har ofte karakter av å være et slags gebyr eller en form for tips som dekker kostnadene forbundet med den offentlige tjenesten

¹⁸⁰ Se Buckley, Ross P, Danielson, Mark: “*Facilitation Payments in international Business: A Proposal to make Section 70.4 of the Criminal Code Workable*”, (2008). Dette synspunktet er imidlertid noe omstridt, og andre forfattere hevder det motsatte synspunkt, nemlig at facilitation payments har en betydelig skadeeffekt på økonomisk utvikling, se for eksempel Zervos, Alexandros: “*Amending the Foreign Corrupt Practices Act: Repealing the exemption for Routine Government Action*” Payments”, Penn State International Law Review, Volume 25 (2006-2007) side 292.

¹⁸¹ Se Salbu, Steven R: “*A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change, and Transnational Bribery*”, (2000) 33 Cornell International Law Journal, side 664.

¹⁸² Se Holvik (1997) side 43.

man ønsker. Betalingen er lik, uansett hvem som henvender seg, slik at alle som henvender seg får den samme fordel.

Ut fra et kulturrelativistisk ståsted blir det dessuten argumentert med at man bør respektere at land er forskjellig med hver sin kultur og hver sine normer. Kjernen er at man må tilpasse seg kulturen på det stedet man oppholder seg, og ikke legge hjemlandets normer og regler til grunn når man skal vurdere hvorvidt noe er lovlig. Dette tilsier at facilitation payments bør være lovlig hvor dette er en del av den lokale forretningskulturen.¹⁸³

Et annet argument er at et forbud mot facilitation payments vil gjøre det særdeles vanskelig å drive forretninger i bestemte land. Facilitation payments er enkelte steder en integrert del av forvaltningssystemet og tilnærmet umulig å komme utenom. De høye tallene fra Verdensbankens undersøkelser om bedrifters forventning om å måtte betale facilitation payments i korrupsjonsutsatte land er en bekreftelse på dette.¹⁸⁴ Nulltoleranse for facilitation payments vil i realiteten kunne forhindre norsk næringsliv fra å operere i slike land, i hvert fall så lenge andre bedrifter fortsetter å betale facilitation payments. Konsekvensene dersom Norge legger seg på en for streng norm er tapte kontrakter og svekket konkurranseevne.

Det er imidlertid også mange betenkeligheter med å tillate facilitation payments. Transparency International har uttalt at slike betalinger *"encourage abuse of office, undermine societies and enterprises, policies and practices and allow other and larger*

¹⁸³ Se Pedigo, Kerry L, Marshall, Verena: *"Bribery: Australian Managers' Experiences and Responses When Operating in International Markets"*, Journal of Business Ethics, July 2008.

¹⁸⁴ Dataene er tilgjengelige her; <http://www.enterprisesurveys.org/ExploreTopics/?topicid=3> (sist besøkt 17.04.2009).

forms of corruption to grow and take root".¹⁸⁵. Dette synet har internasjonalt også støtte blant mange ledende teoretikere.¹⁸⁶

Videre anføres det at det er en form for dobbeltmoral at man tillater at det betales små facilitation payments overfor utenlandske tjenestemenn, når slike tilfeller ville blitt ansett som straffbar korrupsjon dersom det samme hadde skjedd i hjemlandet.¹⁸⁷

Utbredelse av facilitation payments går dessuten spesielt ut over de fattigste i samfunnet, da ubemidlede personer ikke vil ha mulighet til å kunne betale den summen som kreves for å få utført det de har krav på. Dette kan igjen være med på at fattige grupper forblir fattige.

Endelig trekkes hensynet til prevensjon frem som et viktig moment. Tankegangen er at dersom unntaket for facilitation payments fjernes vil vestlige land og deres selskaper, få et sterkere incitament for å forsøke å bekjempe korrupsjon i landene de opererer i.¹⁸⁸

Hvorvidt facilitation payments bør være straffrie eller ikke er ingen enkel problemstilling. Argumentene ovenfor illustrerer dette. Slik jeg vurderer terskelen for hva som anses som straffrie facilitation payments, er jeg av den oppfatning av at norsk rett ligger på et fornuftig nivå. Grensen for at noe skal anses som straffrie facilitation payments er streng. Det er et snevert unntak som åpner for at facilitation payments kan være straffrie og ikke en hovedregel slik rettstilstanden var før lovendringen i 2003. Allmennpreventive grunner taler sterkt for at det bør være slik.

¹⁸⁵ Sitat fra Transparency Internationals høringsuttalelse til forlaget til ny § 276a i straffeloven, tilgjengelig på: <http://www.transparency.no/article.php?id=34> (sist besøkt 16.04.2009).

¹⁸⁶ Se Argandona, Antonio: "Corruption and Companies: The Use of Facilitation Payments", Journal of Business Ethics (2005) 60:251-264 side 251

¹⁸⁷ Se Wrage, Alexandra, Mandernach, Kerry: "Corporate Anti-Corruption Programme, Facilitation payments", tilgjengelig på: http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/7.7/case_stories/BAC_2A.4.pdf (sist besøkt 01.04.2009).

¹⁸⁸ Se Zervos (2006-2007) side 278.

5.2 Er internasjonale konvensjoner for uklare og uforpliktende?

Så langt har i underkant av en tredjedel av de 38 landene¹⁸⁹ som har ratifisert OECD-konvensjonen valgt å benytte seg av reservasjonsmuligheten i punkt 9 i forarbeidene til OECD-konvensjonen¹⁹⁰, om å unnta facilitation payments fra konvensjonens anvendelsesområde.¹⁹¹ De fleste landene som *ikke* har implementert unntaket, opererer i realiteten med et unntak for visse typer av facilitation payments likevel. For eksempel har Østerrike, Tyskland og Sveits kun kriminalisert små betalinger som er gjort med det formål å få en utenlandsk offentlig tjenestemann til å *bryte en av hans eller hennes offisielle plikter eller oppgaver*. Dette innebærer reelt sett et unntak for facilitation payments¹⁹², til tross for at ingen av disse landene har implementert punkt 9. I Nederland har man kriminalisert facilitation payments, men lar det være opp til påtalemyndighetene å avgjøre hvorvidt det skal reises tiltale. Dette innebærer i praksis et unntak for facilitation payments, da rettsforfølgning sjelden vil forekomme.¹⁹³

Et betimelig spørsmål er da om det enkeltes land beslutning om å implementere eller ikke implementere punkt 9 har hatt særlig effekt i praksis? Mitt inntrykk er at hvorvidt det enkelte land har benyttet seg av reservasjonsmuligheten om å unnta facilitation payments

¹⁸⁹ En oversikt over hvilke land som har ratifisert konvensjonen er tilgjengelig på:

<http://www.oecd.org/dataoecd/59/13/40272933.pdf> (sist besøkt 10.04.2009).

¹⁹⁰ De forklarende merknadene til OECD-konvensjonens artikkel 1.

¹⁹¹ Danmark, Sverige, Island, Canada, Slovakia, New Zealand, Australia, Sveits, Korea og USA (oversikten er basert på situasjonen slik den forelå i 2006/2007 og er utformet på bakgrunn av oversikten gitt i Pieth (2007) side 145 og Zervos side 253 flg. Det er grunn til å nevne at den sistnevnte forfatteren legger til grunn at også Norge har implementert unntaket for facilitation payments, jfr. punkt 9 i de forklarende merknadene til OECD-konvensjonen, en oppfatning han for øvrig deler med flere andre utenlandske forfattere. Som nevnt er imidlertid dette galt, da Norge ikke har reservert seg mot kriminalisering av facilitation payments, jfr. drøftelsen i kapittel 2.

¹⁹² Da betaling for å få tjenestemannen til å gjøre noe han har plikt til ikke vil anses som straffbare facilitation payments.

¹⁹³ Basert på "The International Chamber of Commerce (ICC) Commission on Anti-corruption" sin gjennomgang av "The OECD Anti-Bribery Instruments" (2008), tilgjengelig på: <http://www.oecd.org/dataoecd/7/27/40498870.pdf> (sist besøkt 30.03.2009).

fra OECD-konvensjonens anvendelsesområde har hatt liten effekt for gjeldende rett.¹⁹⁴ Min hypotese for at norske myndigheter (og majoriteten av de øvrige OECD-landene) valgte å *ikke* implementere punkt 9 (til tross for at de fleste landene i realiteten opererer med et unntak for facilitation payments), er at man ønsket å understreke at bruk av facilitation payments er etisk tvilsomt og uønsket. Dersom man positivt hadde foretatt en reservasjon i OECD-konvensjonen og unntatt facilitation payments fra konvensjonens anvendelsesområdet ville dette kunne hatt en uheldig symboleffekt. Dette ville man unngå og man gjorde derfor ingen begrensninger i konvensjonens anvendelsesområde.

De begrensede forskjellene i gjeldende rett mellom land som har implementert punkt 9 og de som har latt være, gir imidlertid en illustrasjon på en generell utfordring med stort sett alle multilaterale avtaler om bekjempelse av korrupsjon. Vage formuleringer gjør konvensjonene ineffektive og lite forpliktende. Årsaken til dette er antageligvis ønsket om å få konvensjonene ratifisert av et tilstrekkelig antall stater. Derfor har mange valgt å la være å ta standpunkt til kontroversielle spørsmål som for eksempel facilitation payments (se Europarådskonvensjonen og FN-konvensjonen), eller bare omtale emnet med vage formuleringer (OECD-konvensjonens forarbeider punkt 9¹⁹⁵). Til tross for at dette medfører at flere stater ratifiserer konvensjonene, så kan man stille spørsmål ved om hvilken strategi som gagnar anti-korrupsjonsarbeidet mest? Personlig er jeg av den oppfatning at et uttrykkelig standpunkt til facilitation payments gjennom forpliktende internasjonale konvensjoner er å foretrekke fremfor dagens uklare rettstilstand.

5.3 Utilbørighetskriteriet: fleksibilitet eller forutberegnlighet?

Under høringsrunden i forbindelse med innføringen av den nye korrupsjonsbestemmelsen uttalte Hordaland statsadvokatembeter skepsis til utformingen. De pekte på at lovteksten

¹⁹⁴ Det er imidlertid vanskelig å si noe sikkert om dette, ettersom det ikke eksisterer noe rettspraksis om emnet, verken i Norge eller i de andre landene som har ratifisert OECD-konvensjonen.

¹⁹⁵ De forklarende merknadene til OECD-konvensjonens artikkel 1.

var for vid og at utilbørighetsvilkåret ville fremstå som problematisk i forhold til lovskravet.¹⁹⁶

Jeg forstår denne kritikken, men jeg tror likevel at en rettslig standard vil kunne oppleves som mer forståelig for lekmenn enn en mer stringent gjerningsbeskrivelse.¹⁹⁷ Bruk av en rettslig standard gjør bestemmelsen mer fleksibel og den vil kunne følge utviklingen etter hvert som korrupsjonsbegrepet utvikler seg. De objektive vilkårene i gjerningsbeskrivelsen vil uansett være med på å innskrenke bestemmelsens rekkevidde. Disse forhold rettferdiggjør etter min mening en del av ulempene knyttet til bruk av rettslige standarder i lovverket.

Bruk av et utilbørighetskriterium i lovteksten for å fastslå grensen mellom straffrie og straffbare fordeler, skjerper imidlertid kravet til andre rettskilder. Facilitation payments har hittil ikke vært vurdert av norske domstoler, og forarbeidene står derfor fremdeles sentralt for tolkningen. Denne oppgaven har vist at grensen mellom straffbar korrupsjon og straffrie facilitation payments er uklar. Dette har også arbeidsgruppen i den siste evalueringsrapporten til OECD kommentert.¹⁹⁸ Forarbeidene burde derfor presisert klarere om og eventuelt i hvilke tilfeller facilitation payments vil være straffrie. Det er på det rene at dagens rettstilstand om facilitation payments skaper lite forutberegnelighet for norske virksomheter som opererer i utlandet. Mitt inntrykk er at det hersker en frustrasjon og usikkerhet i norske virksomheter som ønsker å overholde korrupsjonslovgivningen.¹⁹⁹ Tiden er derfor moden for at lovgiver foretar en klargjøring av grensen mellom straffrie facilitation payments og straffbar korrupsjon.

¹⁹⁶ Jfr. Ot.prp. nr. 78 side 29.

¹⁹⁷ Se også Harto, Ingebjørg: *"Ny lovgivning i kampen mot korrupsjon"*, artikkel i Horisont nr. 4 (2003) side 67.

¹⁹⁸ OECDs evalueringsrapport av Norge phase 2 side 8.

¹⁹⁹ Dette er blant annet basert på det inntrykk jeg fikk under deltakelsen på et anti-korrupsjonsseminar 25.mars 2009 arrangert av NHO, samt egne samtaler med personer tilknyttet norsk bistandsarbeid og petroleumsvirksomhet.

5.4 Forhåndsuttalelser som mulig virkemiddel?

I USA er det etablert en ordning der bedrifter kan henvende seg til Attorney-General (lederen for justisdepartementet) for å få en forhåndsvurdering på om en type betaling vil være å anse som korrupsjon eller ikke. Uttalelsen er ikke bindende, men dersom et selskap har mottatt en positiv uttalelse er dette en sterk presumsjon for at betalingen er straffri. Ved årsskiftet 2008/2009 var det publisert 28 slike uttalelser på det amerikanske justisdepartementets nettsider.²⁰⁰

I Norge eksisterer det en tilsvarende ordning på skatterettens område. Denne går i korthet ut på at privatpersoner, foreninger og næringsdrivende kan be om bindende forhåndsuttalelser fra ligningskontoret eller skattedirektoratet, om skatte- eller avgiftsmessige konsekvenser av planlagte, framtidige disposisjoner.²⁰¹ En ordning der man kunne henvende seg for å få en uttalelse om tilbørligheten av en betaling burde kunne organiseres på tilsvarende måte.

NHO har etterlyst et eget korrupsjonskontor der aktører i korrupsjonsutsatte områder kan henvende seg for råd og veiledning i spørsmål knyttet til smøring, korrupsjon og kundepleie.²⁰² Et slikt kontor, som også hadde myndighet til å avsi ikke-bindende uttalelser (jfr. ordningen i USA), ville kunne avhjulpet noe av den usikkerheten norske bedrifter opplever i spørsmålet om hvor grensen går mellom straffrie facilitation payments og korrupsjon.

²⁰⁰ Tilgjengelige på: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion> (sist besøkt 30.03.2009).

²⁰¹ Forskrift av 14.juni 2006 nr. 550 om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker.

²⁰² Se <http://www.nho.no/forsiden/nho-oensker-korrupsjonskontor-article17667-9.html> (sist besøkt 19.04.09).

6 Register og litteraturliste

6.1 Register

6.1.1 Lover og forskrifter

Norske

Lov av 17. mai 1814 Kongeriget Norges Grundlov (Grunnloven)

Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven)

Lov om skatt av formue og inntekt av 18.august 1911 nr. 8

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår av 16. juni 1972 nr. 47
(markedsføringsloven)

Lov om skadeerstatning av 13.juni 1969 nr. 26 (skadeerstatningsloven)

Lov om statens tjenestemenn av 4. mars 1983 nr. 3 (tjenestemannsloven)

Lov om skatt av formue og inntekt av 26.mars 1999 nr. 14 (skatteloven)

Lov om hvitvasking av 20. juni 2003 nr. 41 (hvitvaskingsloven)

Forskrift av 14.juni 2006 nr. 550 om bindende forhåndsuttalelser i skatte- og avgiftssaker

Siterte utenlandske lover og korrupsjonsbestemmelser

Sverige: Brottsbalk (1962:700) 20 kap. 2 §

Danmark: Straffeloven § 144

USA: The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (FCPA) (15 U.S.C. §§
78dd-1)

Canada: Canadian Corruption of Foreign Public Officials Act.

New Zealand: New Zealands Crimes Amendment Act 2001; ss. 70.4 (1-2)

Australia: Australian Criminal Code; S. 70.2, 70.4

Tyskland: Straffeloven artikkel 334 (1) og (3)

Østerrike: Straffeloven artikkel 307 (1) (6)

Sveits: Straffloven artikkel 322^{septies}

6.1.2 Konvensjoner og konvensjonsforarbeider

Konvensjoner:

Wienkonvensjonen om traktatretten av 23.mai 1969

OECD -konvensjonen mot bestikkelse av offentlige tjenestemenn i internasjonale forretningstransaksjoner av 21.november 1997. OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Tilgjengelig på;
http://www.oecd.org/document/21/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html

Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon av 4. november 1998. Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption. Tilgjengelig på;
<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/173.htm>

Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon av 27.januar 1999. Council of Europe: Civil Law Convention on Corruption.

De forente nasjoners (FN) konvensjon om korrupsjon. United Nations Convention against Corruption. Adopted by the United Nations General Assembly 31 October 2003, came into force 14 December 2005. Ratifisert av Norge 29.juni 2006. Tilgjengelig på;
http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (sist besøkt 16.04.2009)

Konvensjonsforarbeider:

Commentaries on the OECD Convention on Combating Bribery (norsk oversettelse: forklarende merknader til OECD-konvensjonen mot bestikkelse av offentlige tjenestemenn i internasjonale forretningstransaksjoner)

Explanatory Report to the Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption 1999 (norsk oversettelse: forklarende rapport til Europarådets strafferettslige konvensjon mot korrupsjon)

6.1.3 For- og etterarbeider

NOU 2002:22 En alminnelig straffebestemmelse mot korrupsjon

Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Innst.O.nr. 105 (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven mv. (straffebud mot korrupsjon)

Stortingsmelding nr. 10 (2008–2009) Næringslivets samfunnsansvar i en global økonomi

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

6.1.4 Avgjørelser

Norske:

Rt. 1979 s.1492 (Listesaken)

Rt. 1993 s.927 (Oslo-korrupsjonssaken)

Rt. 2006 s. 449

Borgarting lagmannsrett dom av 25.02.2008, LB-2007-6315-2 (Ullevål sykehus)

Borgarting lagmannsrett dom av 13.10.2008, LB-2008-28434 (Falske helseerklæringer)

Agder lagmannsrett dom av 05.03.2007, LA-2007-149713 (Agder Energi)

Oslo tingretts dom av 27.10.2005, TOSLO-2005-134006 (Ullevål sykehus)

Oslo tingrett dom av 13.06.2008, TOSLO-2008-32091 (Screen Communication / Flatskjerm)

Oslo tingrett dom av 18.11.2002, TOSLO-2002-5787

Utenlandske:

United States v. Saybolt Inc. (98 Cr 10266 WGY) D. Mass. 1998

United States v. Kay, No. 02-20588 (5th Cir. Feb. 4, 2004)

United States v. Kay, No. 05-20604 (5th. Cir., 2008)

6.2 Litteraturliste

6.2.1 Bøker

- | | |
|------------------------|--|
| Andenæs (2005) | Andenæs, Johs.: <i>"Alminnelig strafferett"</i> , Oslo (2005) |
| Andenæs (2008) | Andenæs, Johs.: <i>"Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene"</i> , samlet utgave v/ Kjell V. , Oslo (2008) |
| Boe (1996) | Boe, Erik: <i>"Innføring i juss: juridisk tenkning og rettskildelære"</i> , Oslo, (1996) |
| Box (2007) | Box, James E og Forde, Michael W: <i>"Probity and Managing Procurement: How to Avoid Corrupting the Process"</i> , Chatswood, Australia (2007) |
| Cars (1996) | Cars, Thorsten: <i>"Mutbrot, bestickning och korruptiv marknadsföring"</i> , Stockholm (1996) |
| Eckhoff (2001) | Eckhoff, Torstein: <i>"Rettskildelære"</i> , (ved Helgesen), Oslo (2001) |
| Eskeland (2006) | Eskeland, Ståle: <i>"Strafferett"</i> , Oslo, (2006) |

- Gedde-Dahl (2008)** Gedde-Dahl, Siri, Anne Hafstad og Alf Endre Magnussen: *"Korrupsjon i Norge"*, Oslo, (2008)
- Holvik (1997)** Holvik, Jan E: *"Bestikkelser : en vurdering av det strafferettslige ansvar for den aktive part, bestikkeren, når bestikkelsen har blitt betalt i utlandet"*, Oslo (1997)
- Husabø (1999)** Husabø, Erling Johannes: *"Straffansvarets periferi"*, Bergen (1999)
- Johnson (2004)** Johanson, Roberta Ann: *"The Struggle Against Corruption: A Comparative Study"*, New York (2004)
- Pieth (2007)** Pieth, Mark, Low, Lucina A og Cullen, Peter J.: *"The OECD convention on bribery: a commentary on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 21 November 1997"*, Cambridge University Press (2007)
- Ruud (2006)** Ruud, Morten og Ulstein, Geir: *"Innføring i folkerett"*, Oslo (2006)
- Stordrange (2007)** Stordrange, Bjørn: *"Forbrytelser mot vårt økonomiske system. Utroskap, bestikkelser og Investorbedrageri"*, Oslo (2007)
- Thrap-Meyer (1999)** Thrap-Meyer, Robin: *"Om straffelovens §§ 112 og 113. En studie av korrupsjon som strafferettslig problem"*, Oslo (1999) - Doktoravhandlingen

Thrap-Meyer (2001) Thrap-Meyer, Robin: *"Korrupsjon og straffelov. En studie av straffeloven §§ 112 og 113"*, Oslo (2001)

6.2.2 Artikler

Andersen (1992) Andersen, Kjell V.: *"Strafferettslig samtykke"*, Tidsskrift for Rettsvitenskap (1992) side 305-475

Andvik (2000) Andvik, C.J. and Fjeldstad, O.H: *"Research on Corruption. A Policy Oriented Survey"*, Final Report (NORAD), Chr. Michelsen Institute and Norwegian Institute for International Affairs (2000)

Argandona (2005) Argandona, Antonio: *"Corruption and Companies: The Use of Facilitation Payments"*, Journal of Business Ethics (2005) 60:251-264

Arthur (1997-1998) Arthur F., Mathews: *"Defending SEC and DOJ FCPA Investigations and Conducting Related Corporate Internal Investigations: The Triton Energy/Indonesia SEC Consent Decree Settlements"*, Northwestern Journal of International Law and Business, Volume 18 (1997-1998)

Bailes (2006) Bailes, Robert: *"Facilitation payments: culturally acceptable or unacceptably corrupt?"*, Business Ethics: A European Review, vol. 15 nr. 3 July (2006)

Buckley (2008) Buckley, Ross P og Danielson, Mark: *"Facilitation Payments in international Business: A Proposal to make Section 70.4 of the*

Criminal Code Workable”, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, (2008)

- Chang (1997)** Chang, James W: “*Legal Issues Relating to Transacting Business Abroad: What Every Lawyer Should Know About the Foreign Corrupt Practices Act*”, Houston Lawyer, Vol. 35, July-August (1997), side 16-21.
- Graver (2003)** Graver, Hans Petter: “*Internasjonale konvensjoner som rettskilde*”, Lov og Rett (2003) side 468-489.
- Grøtte (2007)** Grøtte, Christine: “*Korrupsjon og påvirkningshandel etter straffeloven §§ 276a og 276c*”, liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø, våren 2007.
- Harto (2003)** Harto, Ingebjørg: “*Ny lovgivning i kampen mot korrupsjon*”, artikkel i Horisont nr. 4 (2003)
- Henning (2001)** Henning, Peter J: “*Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions And United States Law*”, Arizona Journal of International and Comparative Law (2001), side 793-865
- Holvik (1997)** Holvik, Jan E.: “*Bestikkelser: en vurdering av det strafferettslige ansvar for den aktive part, bestikkeren, når bestikkelsen har blitt betalt i utlandet*”, spesialavhandling i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo (1997)

- Koch (2005)** Koch, Rebecca: "*The Foreign Corrupt Practices Act: It's Time to Cut Back the Grease and Add Some Guidance*", (2005) 28 Boston College International and Comparative Law Review
- Pedigo (2008)** Pedigo, Kerry L. og Marshall, Verena: "*Bribery: Australian Managers' Experiences and Responses When Operating in International Markets*", Journal of Business Ethics, July (2008)
- Perkel (2003)** Perkel, Walter: "*Foreign Corrupt Practices Act*", American Criminal Law Review, volume 40 (2003)
- Sacerdoti (1999)** Sacerdoti, Giorgio: "*The 1997 OECD Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions*", Intern'l Bus. L. Journ. (1999), side 3-18
- Salbu (2000)** Salbu, Steven R: "*A Delicate Balance: Legislation, Institutional Change, and Transnational Bribery*", (2000) 33 Cornell International Law Journal
- Snider (2007)** Snider, Thomas R og Kidane, Won: "*Combating Corruption Through International Law in Africa, A Comparative Analysis*", Cornell International Law Journal, Volume 40, (2007)
- Stoltenberg (2007)** Stoltenberg, Lars og Trond Eirik Schea: "*Fra ØKOKRIM: Straffebudene mot korrupsjon – Utilbørighetsvilkåret*", Tidsskrift for Strafferett årg. 7 nr. 1 (2007) side 76-83
- Søreide (2002)** Søreide, Tina: "*Corruption in Public Procurement: Causes, Consequences and Cures*", Christian Michelsen Insitute (CMI), Bergen. CMI Report R 2002:1 side 43

- Tsalikis (1991)** Tsalikis & Nwachukwu: *"A Comparasion of Nigerian to American Views of Bribery and Extortion in International Commerce"*, Journal of Business Ethics (1991)
- Zervos (2006-2007)** Zervos, Alexandros: *"Amending the Foreign Corrupt Practices Act: Repealing the excemption for "Routine Government Action" Payments"*, Penn State International Law Review, Volume 25 (2006-2007)

Artiklene er i hovedsak tilgjengelige på disse databasene:

Austli	http://www.austlii.edu.au/
HeinOnline	http://www.heinonline.org
Lovdata	http://www.lovdata.no/
Springerlink	http://www.springerlink.com
Westlaw	http://www.westlaw.com

6.2.3 Andre kilder

Internettressurser:

Gyldendals lovkommentar til straffeloven, tilgjengelig på: www.rechtsdata.no (sist besøkt 03.04.2009)

StatoilHydros etiske retningslinjer, tilgjengelig på: www.statoilhydro.no (sist besøkt 01.04.2009)

Søreide, Tina: ”Markedsmakt og korrupsjon - utfordringer ved etablering i Russland”, Christian Michelsen Institute (CMI), tilgjengelig på: <http://www.bergen-chamber.no/uploads/Tina%20Soreide.pdf> (sist besøkt 16.03.2009)

Transparency Internationals høringsuttalelse til forlaget til ny § 276a i straffeloven, tilgjengelig på: <http://www.transparency.no/article.php?id=34> (sist besøkt 01.04.2009)

United States Departement of Justice - Foreign Corrupt Practices Act – Fraud Section: <http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/opinion> (sist besøkt 25.02.2009)
<http://www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/intlagree/related/srph1quest.html> (sist besøkt 12.03.2009)

Wrage, Alexandra og Mandernach, Kerry: ”Corporate Anti-Corruption Programme, Facilitation payments”, tilgjengelig på: http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/7.7/case_stories/BAC_2A.4.pdf (sist besøkt 01.04.2009)

The International Chamber of Commerce (ICC) Commission on Anti-corruption sin gjennomgang av ”The OECD Anti-Bribery Instruments” (2008), tilgjengelig på: <http://www.oecd.org/dataoecd/7/27/40498870.pdf> (sist besøkt 30.03.2009)

Oversikt over hvilke land som har ratifisert OECD-konvensjonen, tilgjengelig på: <http://www.oecd.org/dataoecd/59/13/40272933.pdf> (sist besøkt 10.04.2009)

Central Intelligence Agency (CIA), The World Factbook, tilgjengelig på: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2004.html> (sist besøkt 14.04.2009).

World Bank & IFC Enterprise Surveys. Undersøkelser om utbredelse av korrupsjon. Tallene er tilgjengelig på;

<http://www.enterprisesurveys.org/ExploreTopics/?topicid=3> (sist besøkt 17.04.2009)

OECD-rapporter:

OECDs evalueringsrapport av Norge - phase 1, avsagt 16.april 1999. Review of implementation of the convention of and 1997 recommendation. Tilgjengelig på;
<http://www.oecd.org/dataoecd/15/35/2389183.pdf> (sist besøkt 19.04.2009)

OECDs evalueringsrapport av Norge – phase 2, avsagt 12.april 2004. Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Tilgjengelig på;
<http://www.oecd.org/dataoecd/3/28/31568595.pdf> (sist besøkt 15.04.2009)

OECDs follow-up report av Norge - phase 2, avsagt 15.mars 2007. Follow-up report on the implementation of the phase 2 recommendations. Tilgjengelig på;
<http://www.oecd.org/dataoecd/35/26/38284036.pdf> (sist besøkt 15.04.2009)

OECDs evalueringsrapport av Australia – phase 2, avsagt 4.januar 2006. Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Tilgjengelig på;
<http://www.oecd.org/dataoecd/57/42/35937659.pdf> (sist besøkt 15.04.2009)

OECDs evalueringsrapport av Danmark – phase 2, avsagt 15.juni 2006. Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions. Tilgjengelig på;
<http://www.oecd.org/dataoecd/14/21/36994434.pdf> (sist besøkt 15.04.2009)

Joint Standing Committee on Treaties, OECD Convention on Combating Bribery, Official Hansard Report (April, 1998) (rapport laget i forbindelse med implementeringen av OECD-konvensjonen i Australia). Tilgjengelig på;
<http://www.aph.gov.au/House/committee/jsct/reports/report16/report16.pdf> (sist besøkt 14.04.2009)

Samtaler:

Av personvern hensyn kan jeg ikke opplyse om navnene på de personene jeg har snakket med om problemstillingen facilitation payments. Personene har i hovedsak være tilknyttet norske bistandsorganisasjoner og petroleumsvirksomhet.